



Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation : Étude de théorie du droit

Cathie-Sophie Pinat

► To cite this version:

Cathie-Sophie Pinat. Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation : Étude de théorie du droit. Droit. Université Montpellier, 2015. Français. NNT : 2015MONTD017 . tel-01346707

HAL Id: tel-01346707

<https://theses.hal.science/tel-01346707>

Submitted on 19 Jul 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE

Pour obtenir le grade de
Docteur

Délivré par l'**Université de Montpellier**

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
et de l'Unité Mixte de Recherche 5815
« Dynamiques du droit »

Spécialité : Droit privé et sciences criminelles

Présentée par **Cathie-Sophie PINAT**

**Le discours de l'avocat devant la Cour de
cassation.**

Étude de théorie du droit.

Soutenue publiquement le mardi 8 décembre 2015 devant le jury composé de

Monsieur **Daniel MAINGUY**, Professeur à
l'Université de Montpellier. Directeur

Monsieur **Alexandre VIALA**, Professeur à
l'Université de Montpellier. Directeur

Monsieur **Christophe JAMIN**, Professeur des
universités à Science-Po. Rapporteur

Monsieur **Michel TROPER**, Professeur émérite
de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense,
membre de l'Institut universitaire de France. Rapporteur

Monsieur **Louis BORÉ**, docteur en droit, avocat
au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Examinateur

Monsieur **Xavier MAGNON**, Professeur à
l'Université de Toulouse I Capitole. Examinateur



TITRE ET RÉSUMÉ DE LA THÈSE - Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation, étude de théorie du droit.

La thèse propose une théorie du discours de l'avocat devant la Cour de cassation. Plus précisément, c'est une partie du contenu de ce discours, les moyens de cassation, qui sont au cœur de l'analyse.

Trop souvent, l'attention des théoriciens du droit se porte sur les discours qui sont traditionnellement perçus comme normatifs, à savoir le discours législatif et le discours jurisprudentiel. Assimilé au discours doctrinal parce qu'il n'est ni scientifique, ni à l'origine d'une norme, le discours de l'avocat demeure quant à lui dans une catégorie (les discours de « *politique juridique* » selon Kelsen, et les discours de « *dogmatique juridique* » selon Michel Troper) vouée à l'indifférence.

Pourtant, ce n'est pas parce que les interprétations des avocats sont des actes guidés par la seule volonté de leurs auteurs qu'elles ne gagnent pas à faire l'objet d'une étude scientifique. Certains discours universitaires, également prescriptifs, font l'objet d'analyse visant à montrer leur incidence sur l'évolution de la jurisprudence alors même que d'un point de vue ontologique, le discours de l'avocat est mieux doté pour agir sur l'œuvre jurisprudentielle, notamment lorsqu'il est, comme celui de l'avocat aux Conseils, immédiatement et systématiquement destiné aux juridictions suprêmes. Cette spécificité du discours étudié, dégagée à travers l'étude de sa nature, nous permettra d'en étudier la portée.

De ce point de vue, notre thèse, qui doit s'entendre comme une contribution à *la théorie réaliste de l'interprétation* et à son complément, *la théorie des contraintes juridiques*, propose une explication de la cohérence jurisprudentielle. Si la Cour de cassation, alors même qu'elle est libre d'interpréter les énoncés législatifs comme elle le souhaite (proposition centrale de la *TRI*), se montre généralement cohérente par rapport à sa jurisprudence antérieure, c'est parce qu'un ensemble de contraintes spécifiquement juridiques la conduisent à être cohérente (proposition centrale de la *TCJ*). Or, ces contraintes sont principalement produites ou relayées par les moyens de cassation (notre proposition).

Sauf à relever un moyen d'office, procéder à une substitution de motifs ou énoncer un *obiter dictum*, techniques qui seront exceptionnellement utilisées par cet *homo juridicus*, la Cour de cassation est généralement contrainte d'effectuer un choix binaire, prédéterminé par le moyen de cassation : réaffirmer l'interprétation des juges du fond (arrêt de rejet) ou retenir celle de l'avocat du demandeur (arrêt de cassation). Autrement dit, le pourvoi prédéfinit un cadre à l'interprétation authentique, cadre qui favorise la circulation de la jurisprudence antérieure et qui contraint la Cour de cassation à agir de façon prévisible.

MOTS-CLÉS : Discours juridiques / avocat aux conseils / dogmatique / Cour de cassation / Théorie réaliste de l'interprétation / Théorie des contraintes juridiques/ Droit privé.

TITLE AND ABSTRACT - Influence of Lawyer's speech on Supreme Courts, a study of legal theory.

In France, legal realism is currently represented by Michel Troper according to whom law resides in the interpretation made by the Supreme Court. Supreme courts have complete freedom in the interpretation of laws and regulations since no binding provisions regarding their signification apply.

This freedom regarding legal text does not exclude the existence of specific legal constraints impacting the supreme Court decisions.

Even though the lawyer's speech addressed to supreme courts cannot be compared any other legal speech, it has never been apprehended as a source of constraint limiting sovereign courts freedom. That is the subject of my thesis.

KEYWORDS : legal speech/ dogmatic speech/ lawyer's speech/ Supreme Court/ Realistic theory of interpretation/ theory of legal constraints/ private law.

DISCIPLINE : Droit privé et sciences criminelles

UMR 5815 - Dynamiques du Droit
39, rue de l'Université, 34060 Montpellier Cedex 2.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont tout d'abord à mes directeurs de recherche, Daniel Mainguy et Alexandre Viala, qui se sont toujours montrés disponibles, impliqués et bienveillants. Je garderai longtemps en souvenir leur générosité et leur curiosité intellectuelles. Puisse cette étude refléter l'intérêt pour la théorie du droit qu'ils ont su éveiller en moi.

Je remercie également les membres de l'UMR 5815 « Dynamiques du droit », pour la confiance et le soutien qu'ils m'ont accordés durant ces cinq années, et notamment Vincent Fortier pour ses engagements auprès des jeunes chercheurs et sa gentillesse à toute épreuve.

Je pense aussi à tous ceux dont j'ai croisé le chemin et qui, par leurs encouragements, m'ont permis d'aborder plus sereinement cette recherche, en me libérant des complexes qu'une jeune privatiste peut éprouver à l'idée de mener une réflexion de théorie du droit. Je pense particulièrement à Michel Miaille, Éric Millard, Vincent Forray et Pascale Deumier.

Ma reconnaissance va également à Louis Boré, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui a toujours répondu volontiers à l'ensemble de mes interrogations m'initiant ainsi aux secrets de la technique de cassation.

Je n'oublie pas non plus l'amitié de mes camarades doctorants. Amélie, Brunelle, Clément, Guillaume, Zelda et Alice ont incontestablement rendu mon doctorat moins solitaire.

Je suis aussi redevable à Cécile, Juliette, Jérémy, Marie-Françoise et Nadia pour leur précieux travail de relecture.

Enfin, mes pensées vont naturellement à Paul, à mes parents et à mes frères. Puissent-ils trouver dans cette thèse le témoignage de ma gratitude pour n'avoir jamais cessé de m'épauler, y compris lorsqu'il s'agissait de supporter mes humeurs.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

act.	: actualisation
APD	: Archives de philosophie du droit
art.	: article
<i>BICC</i>	: Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>Bull. Ass. plén.</i>	: Bulletin des arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	: Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
C. civ.	: Code civil
CE	: Conseil d'État
CEDH	: Cour Européenne des Droits de l'Homme
cf.	: <i>confer</i> , se reporter à
ch.	: chambre de la Cour de cassation
Ch. réun.	: Arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	: chronique
Civ.	: civile
CJA	: Code de la justice administrative
comp.	: comparer
Cons. Const.	: Conseil constitutionnel
<i>contra</i>	: contraire
C. pr. pén.	: Code de procédure pénale
Crim.	: criminelle
CSP	: Code de la santé publique
<i>D.</i>	: Recueil Dalloz
Déc.	: Décision
Dir.	: (sous la) direction
doctr.	: doctrine
<i>D.P</i>	: Dalloz périodique (Recueil Dalloz), a disparu depuis 1941.
éd.	: édition
ex.	: exemple
<i>Gaz. Pal.</i>	: Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	: <i>ibidem</i> (à l'endroit indiqué dans la précédente citation)
in	: dans

<i>infra</i>	: au-dessous
<i>JCP</i>	: JurisClasseur Périodique
<i>JORF</i>	: Journal Officiel de la République Française
<i>loc. cit.</i>	: <i>loco citato</i> , passage précité d'un article ou d'un ouvrage
<i>LPA</i>	: Les Petites affiches
n°	: numéro
not.	: notamment
Obs.	: observation
<i>op. cit.</i>	: <i>Opere citato</i> , cité précédemment
p.	: page
préc.	: précité
PUF	: Presses Universitaires de France
QPC	: Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RDLF</i>	: Revue des droits et libertés fondamentaux
<i>RDP</i>	: Revue de droit public et de science politique
Rec.	: Recueil
Rec. Cons. Const.	: Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rép. civ.	: Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. pr. civ.	: Répertoire Dalloz de procédure civile
<i>RFDA</i>	: Revue française de droit administratif
<i>RGDIP</i>	: Revue générale de droit international public
<i>RIDC</i>	: Revue internationale de droit comparé
<i>RJC</i>	: Revue de jurisprudence commerciale
<i>RRJ</i>	: Revue de recherche juridique et de droit prospectif
<i>RTD Civ.</i>	: Revue trimestrielle de droit civil
s.	: suivants
<i>S.</i>	: Recueil Sirey
SDE	: service de documentation et d'études de la Cour de cassation
spéc.	: spécialement
<i>supra</i>	: au-dessus
<i>TCJ</i>	: Théorie des contraintes juridiques
TGI	: Tribunal de grande instance
<i>TRI</i>	: Théorie réaliste de l'interprétation
V.	: voir

SOMMAIRE

LE DISCOURS DE L'AVOCAT DEVANT LA COUR DE CASSATION

PARTIE I. LA NATURE DOGMATIQUE DU DISCOURS

TITRE 1. UN DISCOURS PROCÉDANT DE LA VOLONTÉ

Chapitre 1. Un discours théoriquement fonction de la volonté

Chapitre 2. Un discours réellement fonction de la volonté

TITRE 2. UN DISCOURS PRÉPARANT L'INTERPRÉTATION AUTHENTIQUE

Chapitre 1. Un discours dogmatique opératif

Chapitre 2. Un discours opératif singulier

PARTIE II. LA PORTÉE CONTRAIGNANTE DU DISCOURS

TITRE 1. UN DISCOURS DÉLIMITANT UN CADRE À LA DÉCISION

Chapitre 1. La prédétermination d'un cadre interprétatif par l'avocat

Chapitre 2. L'application par la Cour de cassation du cadre prédéterminé

TITRE 2. UN DISCOURS ORIENTANT LE SENS DE LA DÉCISION

Chapitre 1. L'orientation de la décision vers une solution antérieure

Chapitre 2. L'orientation de la décision vers une solution nouvelle

À mes parents,

Pour Hervé et Florent

INTRODUCTION

« La formation des avocats est une formation à la logique (...). Le langage de la décision judiciaire est essentiellement le langage de la logique. Et les méthodes de logique et de formalisme flattent le désir de certitude et de tranquillité propre à l'esprit humain. Mais la certitude n'est généralement qu'une illusion et la tranquillité n'est pas dans le destin de l'homme ». (O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, n°10, p. 464).

1. Comme Portalis l'admettait déjà à la veille de l'entrée en vigueur du Code civil, si « les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais (...). Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges »¹. Ce dynamisme caractéristique du phénomène juridique n'a pourtant pas trouvé un écho immédiat au sein de la communauté universitaire qui, à partir de 1804, a considéré la loi comme l'*alpha* et l'*omega* du droit. Persuadée de trouver dans la lettre ou dans l'esprit du texte le sens véritable de la loi, une grande partie de la doctrine privatiste, appelée plus tard l'École de l'Exégèse, s'est effectivement consacrée pendant plusieurs décennies à la glose du Code civil, se présentant volontiers comme son fidèle serviteur².

Ce mouvement intellectuel, qui a longtemps dominé le paysage doctrinal français, n'a cependant pas résisté à la jurisprudence audacieuse de la Cour de cassation³ qui a offert à plusieurs articles du Code Napoléon un destin que ni le législateur, ni le meilleur des exégètes n'aurait pu soupçonner⁴. Par ailleurs, depuis 1834, cette jurisprudence peut se développer sans aucune limite puisque le référé législatif, qui permettait au législateur d'exercer une activité

¹ J.-É.-M. Portalis, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 1999, p. 19.

² On se souvient de la célèbre formule de Bugnet « *Je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon* ». V. en ce sens les extraits d'ouvrages, écrits au moment de l'entrée en vigueur du Code civil et dans lesquels apparaît une véritable déférence à l'égard du législateur, proposés par N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, Thèse, Bordeaux, LGDJ, 2002, p. 26 et s.

³ Le terme de jurisprudence est polysémique, v. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Jurisprudence, l'auteur a dégagé six acceptions de la notion. On retiendra une seule de ces acceptions. Elle correspond, pour ce qui nous intéresse, à l'ensemble des décisions de la Cour de cassation rendues en droit civil.

⁴ V. en ce sens les arrêts emblématiques : Civ. 16 juin 1896, Teffaine, *DP* 1897, I, p. 433, note Saleilles ; S. 1897, I, p. 17, note A. Esmein ; Ch. réun., 13 févr. 1930, Jeand'heur, *DP* 1930, I, p. 57, rapp. Le Marc'hadour, concl. Matter, note Ripert ; S. 1930, I, p. 121, note P. Esmein ; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., 2008, Dalloz, n° 199. Initialement conçu par le législateur comme une phrase de transition entre deux régimes de responsabilité, l'article 1384 al. 1^{er} du Code civil est interprété, par l'effet conjugué de ces deux décisions, comme posant un principe général de responsabilité du fait des choses.

d'interprétation dont le résultat s'imposait aux Cours souveraines, est définitivement supprimé⁵.

Progressivement et à partir du XXe siècle, l'idée d'une loi toute puissante perd donc de sa superbe, et malgré quelques esprits chagrins⁶, la doctrine universitaire prend conscience des limites de la méthode exégétique⁷. Son attention se reporte alors inévitablement sur les arrêts de la Cour de cassation⁸. D'ailleurs, aujourd'hui, la faculté de cette juridiction à attribuer aux lois des significations imprévisibles ne désarçonne plus vraiment les juristes. Il existe même, en théorie du droit, des écoles de pensée qui expliquent que les juges suprêmes sont libres d'interpréter les textes comme ils le veulent⁹. Disons-le sans ambages, qu'elle intéresse, questionne ou divise, la liberté considérable des juridictions suprêmes par rapport aux textes

⁵ La procédure du « référé législatif » a été initiée en 1667 (Art. 7 et 8, Titre I de l'Ordonnance de 1667 in Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 40 jusqu'à la Révolution de 1789* t. XVIII, p. 165-166 : « Si dans les jugements des procès qui seront pendans en nos cours, il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de nos Ordonnances, Édits, Déclarations et lettres patentes, Nous leur défendons de les interpréter, mais nous voulons qu'en ce cas, elles aient se retirer par devers Nous, pour apprendre ce qui sera de notre attention »). Sa méconnaissance était sanctionnée par la nullité de la décision et la condamnation des juges l'ayant prononcée au versement de dommages-intérêts. Elle a été réhabilitée par l'article 12 du Titre II de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire: Les tribunaux « ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle », in J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlemens, avis du Conseil d'État*, Tome 1, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 311). Progressivement, elle fût abandonnée parce qu'elle rendait difficile le travail respectif des organes judiciaires et législatifs. Le Tribunal de cassation interprète d'abord la loi de 1790 comme interdisant aux juges du fond d'en faire usage, et la loi du 1^{er} avril 1837 (art. 1^{er} et s.) abroge ensuite le recours au référé au stade de la cassation et institue pour remplacer ce mécanisme les Chambres réunies, ancêtre de l'Assemblée plénière. V. sur ce point l'étude très complète de Y.-L. Hufteu, *Le référé législatif, les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Thèse, Paris, PUF, 1965, spéc. p. 131 et sa conclusion p. 145 : à partir de 1938, la « Cour de cassation recevait la plénitude du pouvoir d'unifier la jurisprudence, le pouvoir créateur de la jurisprudence se trouvait en quelque manière, concentré et centralisé ».

⁶ V. en ce sens J. Bonnet, *L'école de l'Exégèse en droit civil : Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924, et spéc. p. 134 : « La mission des professeurs appelés à dispenser au nom de l'État l'enseignement juridique est de protester avec mesure, sans doute, mais avec fermeté contre toute innovation étrangère à celle du législateur ».

⁷ V. par ex. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel*, Paris, LGDJ, 1900, Tome 1, p. 85 : « Il faut cependant reconnaître, et M. Gény en a fait la constatation, que même en France, on n'a pas pu s'en tenir à la servile application des textes par voie déductive et que la jurisprudence et la doctrine, ont été entraînées malgré elles, dans une voie d'activité créatrice ».

⁸ V. sur ce point, Ph. Jestaz, C. Jamin, « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD Civ.* 2002, p. 1 et s. Les auteurs reviennent sur le premier numéro de la revue trimestrielle de droit civil et la volonté des membres du Comité de direction de se focaliser sur l'étude de la jurisprudence ; v. égal. comment depuis plus cent ans, la jurisprudence est toujours assimilée à une source du droit : F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Libr. Marescq Ainé, 1899, n°116; comp. avec F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2012, n°360 et s.

⁹ V. en ce sens les propositions de la théorie réaliste de l'interprétation, qui seront au cœur de cette étude, cf. *infra* n°22.

de lois n'est plus à démontrer¹⁰. Le phénomène jurisprudentiel s'est en effet hissé au rang des préoccupations centrales de la communauté universitaire¹¹.

Ce changement de paradigme, passage d'une loi toute-puissante à un « *gouvernement des juges* »¹², invite à prendre en considération le rôle de ceux qui interviennent au plus près de la figure judiciaire, et notamment celui de l'avocat. Cet acteur, qui intervient entre l'émission d'une loi et son interprétation par le juge, à l'interface entre deux réalités, le texte et la jurisprudence, mérite une attention particulière.

2. Le rôle de l'avocat, la nécessité d'une étude approfondie - « *Les avocats qui plaident en droit font du droit, car ils contribuent à faire la jurisprudence* »¹³. En quelques mots, le doyen Carbonnier formule une proposition qui résonne dans l'esprit du juriste comme une évidence. Comment douter en effet de l'influence de l'avocat sur la jurisprudence dans la mesure où, dans son activité de représentation, il intervient nécessairement en amont de la décision judiciaire, en vue de convaincre le juge du bien-fondé de son interprétation législative ? D'ailleurs, lorsqu'elle s'intéresse à l'avocat, la communauté universitaire reconnaît, sans aucun signe de résistance, son influence sur l'œuvre juridictionnelle. Cette reconnaissance est particulièrement manifeste dans les manuels d'introduction au droit. Par exemple, François Chabas explique qu'en proposant « *aux magistrats une interprétation de la règle de droit, les avocats servent ainsi de guides, souvent précieux, aux tribunaux pour l'interprétation à donner de la loi* »¹⁴. Jean-Luc Aubert et Éric Savaux reconnaissent également qu'en recommandant au juge « *une interprétation qui sauvegarde les intérêt des clients (...), les avocats contribuent directement à l'interprétation de la règle de droit par le juge et donc à l'élaboration de la jurisprudence* »¹⁵. Pascale Deumier admet de son côté que

¹⁰ Pour un ex. récent, v. l'arrêt « *Our body* » : Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *Bull. civ. I*, n°178, et le commentaire de D. Mainguy : « À propos d'un principe préexistant à une loi », *D.* 2015, p. 246 et s.

¹¹ Cette liberté de la juridiction se traduit concrètement par des interprétations inattendues ou contradictoires (le revirement de jurisprudence). Pour un ex. révélateur de l'inquiétude provoquée par la jurisprudence, v. N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005.

¹² L'expression, bien connue des juristes français, est née sous la plume d'É. Lambert, en réaction au célèbre arrêt de la Cour suprême américaine *Marbury v. Madison*, in *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, rééd. 1921, Paris, Dalloz, 2005.

¹³ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, (éd. originale parue en 1996), Paris, Flammarion, 2006 (rééd.), p. 88.

¹⁴ F. Chabas, H. Mazeaud, L. Mazeaud [et al.], *Leçons de droit civil*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000, n°98.

¹⁵ J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Paris, Sirey, 2014, n°176.

« la jurisprudence, présentée par la voix qui la porte, celle du juge, est aussi l'interprétation de ceux qui la proposent, la défendent, la suggèrent, celle des avocats »¹⁶.

Cette reconnaissance unanime ne va pourtant pas sans difficulté car l'influence de l'avocat sur la jurisprudence est élevée au rang de vérité sans être vérifiée. Effleuré en quelques lignes, le sujet est aussitôt balayé sans être interrogé dans sa réalité, ni mesuré dans ses implications. Pourtant, à l'heure où plus aucun juriste ne peut raisonnablement contester l'importance des décisions de la Cour de cassation dans l'enseignement et la pratique du droit, il est paradoxal que l'influence de l'avocat sur l'œuvre jurisprudentielle soit seulement évoquée, tel un axiome, sans faire l'objet d'une réflexion doctrinale approfondie. Puisque c'est l'ambition de cette thèse, il paraît essentiel d'identifier les raisons de ce désintérêt pour s'assurer qu'aucune d'entre elles ne s'oppose à la réalisation de notre projet.

3. Le rôle de l'avocat, les obstacles à une étude approfondie - Trois raisons semblent expliquer l'absence d'étude théorique consacrée au rôle de l'avocat.

D'une manière générale, cette lacune peut en premier lieu se justifier par la formation universitaire des juristes. Malgré quelques évolutions récentes¹⁷, les facultés de droit françaises semblent encore privilégier l'enseignement abstrait à l'enseignement pratique¹⁸. Il est ainsi naturel que l'attention de la grande majorité de ses chercheurs se porte prioritairement sur l'étude de concepts juridiques, laissant généralement de côté la question du rôle des acteurs juridiques. Bien sûr, on dénote des exceptions. D'un côté, les théoriciens du droit se sont intéressés, dans leur quête d'identification de leur objet, aux acteurs qui assument une mission d'interprétation et en particulier aux juges. D'un autre côté, certains universitaires ont commencé à rechercher ailleurs que dans les textes les sources d'inspiration de la Cour de cassation. En ce sens, certains auteurs se sont focalisés sur le rôle de la doctrine

¹⁶ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n°393.

¹⁷ On pense notamment aux réflexions tenant à l'introduction, au sein des facultés de droit françaises, de cliniques juridiques (sur le modèle des facultés nord-américaines), qui permettent aux étudiants de traiter des cas litigieux réels sous la tutelle d'un enseignant (V. par ex. : *Les cliniques juridiques*, colloque organisé par l'Université de Caen Basse-Normandie, 5 et 6 déc. 2013). Les cliniques sont actuellement expérimentées dans de nombreuses facultés (Montpellier, Perpignan, Caen, Paris Dauphine, Paris Descartes, Tours etc.).

¹⁸ V. Sur ce point, C. Jamin, *La cuisine du droit*, Paris, Lextenso éditions, 2012. L'auteur montre comment la doctrine universitaire française, qui avait pourtant, au début du XX^e siècle, réussi à séduire les praticiens, (lorsque certains de ses membres comme Gény ou Saleilles, avaient préconisé, après une profonde remise en question de la méthode exégétique, de nouvelles méthodes d'interprétation empruntant à l'interdisciplinarité), s'est finalement refermée sur elle-même, creusant un peu plus le fossé entre le monde de la pratique et le monde universitaire.

dans l'évolution de la jurisprudence¹⁹ et, plus récemment, c'est l'influence des avocats généraux et des conseillers-rapporteurs près la Cour de cassation qui a été mise à l'honneur²⁰. Mais il n'empêche que ces recherches restent statistiquement très isolées et qu'aucune d'entre elles n'a été spécifiquement consacrée à l'avocat.

C'est probablement parce que d'une manière plus spécifique, cet acteur est victime de son image, celle d'un mandataire qui ne serait guidé que par la volonté de son client²¹, c'est-à-dire d'un acteur qui n'hésiterait pas, dans son rapport au droit, « à accroître l'importance de ce qui lui est utile et à réduire l'intérêt de ce qui le gêne »²². Ainsi, même s'il intercède entre l'émission d'un énoncé législatif et son interprétation par le juge, la subjectivité inhérente à sa mission le condamnerait, en quelque sorte, à demeurer en dehors de la réflexion théorique et expliquerait pourquoi les universitaires ne consacrent à cet acteur que des travaux techniques²³. On ne saurait pourtant se satisfaire de cette explication. D'abord, l'avocat n'est pas un mandataire comme les autres, il jouit d'une grande liberté pour établir la ligne de défense du justiciable²⁴ et ne saurait exercer cette liberté sans mettre en œuvre des

¹⁹ V. not. P.-Y. Gautier, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839 et s. ; A. Marmisse d'Abbadie d'Arrast, « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle », *LPA*, 2002, n°188, p. 4 et n°189, p. 4.

²⁰ V. not. P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique : recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013.

²¹ Sur l'image dont souffre la figure de l'avocat dans l'opinion publique : v. S. Rozès, P. Lombard, *Le juge et l'avocat : dialogue sur la justice*, Paris, R. Laffont, 1992, spéc. p. 119 et s. ; sur la mésestime du rôle de l'avocat par le juge, v. M. Saluden Lamblin, *Le phénomène de la jurisprudence : étude sociologique*, Thèse, Paris, 1983, spéc. p. 202 : l'auteur démontre, par une enquête sociologique, que les juges minimisent le rôle des avocats à la Cour dans l'interprétation des textes : « On pourrait s'étonner de ce que le rôle des avocats soit à ce point minimisé par les juges. Si nous avions eu l'occasion d'interroger les avocats sur l'importance de la contribution des juges à la résolution du procès, peut-être aurions-nous obtenu un écho identique ». Cette étude ne porte toutefois pas sur la perception des avocats aux Conseils par les magistrats de la Cour de cassation, que l'on imagine plus positive.

²² J. Hamelin, *Paradoxes sur l'avocat, entretiens sur le rôle de défenseur*, Paris, LGDJ, 1949, p. 53. Dans cet ouvrage, où un « sceptique » s'entretient avec un « fervent » sur les paradoxes inhérents au métier d'avocat, on perçoit ainsi tous les reproches qui sont susceptibles d'être opposés à l'avocat. L'avocat serait, selon le « sceptique », calculateur, opportuniste et vénal, autant de critiques qui vont être, tour à tour, relativisées et déconstruites par le « fervent ».

²³ Les ouvrages des juristes universitaires consacrés à l'avocat décrivent l'ensemble des règles qui encadrent sa profession (V. not. H. Ader, A. Damien, *Règles de la profession d'avocat*, 14e éd., Paris, Dalloz, 2013) ou sont principalement axés sur les questions de déontologie (v. not. B. Beignier, B. Blanchard, J. Villacèque, *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Paris, LGDJ, 2007 ; C. Pujalte, E. de Lamaze, J.-C. Magendie, *L'avocat, le juge et la déontologie*, Paris, PUF, 2009 ; R. Martin, *Déontologie de l'avocat*, 11e éd., Paris, LexisNexis, 2013 ; J.-J. Taisne, *La déontologie de l'avocat*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2015) et de responsabilité (V. not. Y. Avril, *Responsabilité de l'avocat*, Paris, Dalloz, 2015).

²⁴ Cette liberté se manifeste vis-à-vis du client dans le cadre du mandat de représentation, autrement appelé le mandat *ad litem*, en vertu duquel l'avocat est maître de ses choix argumentatifs pour le succès de la prétention représentée (V. sur ce point Y. Letartre, « Le mandat ad litem », *RJC*, 1993, p. 309 et s.). Elle se manifeste également vis-à-vis des juridictions. L'avocat jouit en effet d'une immunité judiciaire devant les tribunaux, ce principe est posé par l'art. 41 al. 3 de la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse*, JORF du 30 juil. 1881, p. 4201 : « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ».

connaissances juridiques spécifiques²⁵. Par ailleurs, et comme certains avocats et sociologues l'ont démontré²⁶, sa mission dépasse amplement la simple promotion de l'intérêt particulier, elle présente effectivement une dimension démocratique. Enfin, et peut-être surtout, l'avocat n'est pas le seul acteur à interpréter les lois selon une préférence subjective, les universitaires le font également²⁷. Le droit des contrats a d'ailleurs été le terrain d'oppositions politiques, plus ou moins assumées, génératrices d'évolutions jurisprudentielles²⁸. Or, le caractère orienté des propositions doctrinales n'a pas empêché certains chercheurs d'établir des liens entre ces propositions et l'évolution de la jurisprudence²⁹. Ainsi, au même titre que l'influence de la doctrine universitaire, celle de l'avocat gagne à être étudiée lorsqu'elle s'exerce sur l'œuvre juridictionnelle.

Un dernier obstacle d'ordre méthodologique, signalé par Pascale Deumier, se dresse contre l'étude du rôle de l'avocat. Au moment même où elle admet la « *force créatrice de la profession d'avocat* »³⁰, l'auteur prévient que sa participation à l'œuvre décisionnelle est « *invisible* »³¹. Il s'agit là d'une objection sérieuse car il est vrai que le discours de l'avocat, souvent « *fondue* » dans la décision judiciaire, est difficile à identifier. Devant les juridictions du fond notamment, les juges n'ont pas à reprendre les moyens développés par les avocats des

²⁵ L'avocat est un mandataire doté de connaissances juridiques techniques qui effectue des choix stratégiques en fonction de l'intérêt de son client mais toujours au regard des textes et des décisions applicables au litige dans lequel il intervient.

²⁶ V. not. l'ouvrage de maître D. Soulez-Larivière, *L'avocature*, Paris, Éditions Ramsay, 1982, spéc. p. 279 et s. : l'auteur explique que l'avocat assure un contre-pouvoir face à des juges parfois serviles ou désireux d'accroître leur pouvoir ; v. égal. les travaux des sociologues : L. Karpik, *Les avocats entre l'État, le public et le marché XIIIe-XXe siècle*, Paris, Gallimard, 1995. L'auteur démontre, au moyen d'une analyse historique, que la profession a participé au développement du modèle de démocratie libérale, les avocats, dit-il, « *ont modifié la société politique, intervenant sous des modalités fort diverses, pour définir et étendre les droits civils et les libertés individuelles* » (p. 444) ; V. contra L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Sciences Po. Les Presses, 2009, spéc. pp. 60-61 : l'auteur qui ne nie pas que la plupart « *des réformes libérales (...) ont été portées en premier lieu par des avocats* », n'en déduit pas, à l'instar de Lucien Karpik, que les avocats sont nécessairement « *les acteurs centraux du développement du libéralisme politique* ». Elle prend pour exemple le « *cause lawyering* », qui est une « *manière alternative de penser, les capacités politiques, éventuellement subversives, des avocats dans le cadre de leur pratique professionnelle* ».

²⁷ V. en ce sens H. Batiffol, « *La responsabilité de la doctrine dans la création du droit* », *RRJ*, 1981, p. 175 et s. : l'auteur constate à son grand regret que la doctrine exprime parfois, sous couvert de la science, ses préférences subjectives. Si l'auteur ne s'oppose pas à l'adoption de cette attitude prescriptive, il précise que les auteurs concernés doivent le faire avec la plus grande prudence et en toute transparence ; v. égal. M. Boudot, *Le dogme de la solution unique : contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Thèse, Aix-en-Provence, 1999 : l'auteur démontre que la doctrine, face à un problème de droit susceptible de recevoir des réponses concurrentes, a une tendance à recommander l'une de ces réponses et à la présenter comme la seule acceptable.

²⁸ On pense notamment à la doctrine du *solidarisme contractuel*, mais pas uniquement. V. sur ce point, T. Génicon, « Les juristes en droit des contrats: oppositions juridiques ou oppositions politiques. Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », in *La place du juriste face à la norme*, Dalloz, Paris, 2012, p. 85 et s.

²⁹ cf. *supra* note de bas de page n°14.

³⁰ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, op. cit., n°393.

³¹ *Ibid.*

parties dans leurs décisions. Ils peuvent effectivement se limiter à viser les écritures du représentant en opérant un simple renvoi³². Plus problématique encore, la procédure y est parfois exclusivement orale de sorte qu'en pareille hypothèse, le discours de l'avocat, s'il en est un, échappe totalement à la connaissance³³. Mais cette difficulté, qui n'est réelle que devant les juridictions du fond, n'empêche pas l'étude du discours de l'avocat aux Conseils qui peut être appréhendé aisément et distinctement. C'est ce dont on se convaincra en étudiant tour à tour, l'objet (I), le champ (II) et la problématique de notre étude (III).

I. L'objet de l'étude

4. Cette étude a pour objet le discours de l'avocat aux Conseils. Aussi est-il requis de revenir sur la notion même de « discours » (a), avant de présenter l'auteur (b) et le contenu du discours étudié (c).

a. Précisions liminaires sur la notion de « discours »

5. **Le discours, caractéristiques générales** - La notion de discours se révèle d'une approche délicate. Si dans le langage usuel, elle désigne « *tout développement écrit ou oral méthodiquement construit, sur un thème donné* »³⁴, elle reçoit plusieurs acceptions de la part de ses analystes. Il n'est ni nécessaire, ni possible de présenter ici l'ensemble des réflexions engagées sur le concept, on indiquera seulement ses principales caractéristiques en espérant ne pas dénaturer la pensée de ceux qui ont permis de les dégager. Contrairement à ce qu'on pourrait *a priori* supposer, le discours n'est donc pas nécessairement oral, il peut résulter

³² V. Art. 11 du décret n°98-1231 du 28 déc. 1998 *modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile*, JORF du 30 déc. 1998, n°302, venant modifié l'art. 455 du CPC qui dispose désormais que le « *jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date* ». Une Chambre mixte de la Cour de cassation est par ailleurs venue interpréter cette disposition comme n'obligeant pas les juges du fond à exposer, même brièvement, les moyens développés par les parties et leurs avocats : Mixte, 6 avril 2007, n°05-16.375 et n°06-16.914, *Bull. mixte*, n°2 : « Attendu que, s'il n'expose pas succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens, le juge, qui ne peut statuer que sur les dernières conclusions déposées, doit viser celles-ci avec l'indication de leur date ».

³³ On pense par exemple à la procédure de référé devant le TGI ou à l'oralité des procédures devant les juridictions d'exception telles que le Conseil des prud'hommes ou le tribunal de commerce. Pour une présentation exhaustive, V. Rép. pr. civ., *Procédure orale, par C. Bouty, et not. les développements consacrés au « *domaine de l'oralité de la procédure* », n°82 à 105.

³⁴ J. Dubois, H. Mitterrand et A. Dauzat, *Grand dictionnaire étymologique & historique du français*, 2^e éd., Paris, Larousse, 2011, *Discours.

« de la parole ou de l'écriture »³⁵. En linguistique, il est présenté comme la réalisation concrète du langage, en ce sens qu'il suppose de prendre en considération l'environnement dans lequel il est produit. Benveniste précise en effet qu'il « *faut entendre discours dans sa plus large extension : énonciation supposant un locuteur et un auditeur et chez le premier l'intention d'influencer le second* »³⁶. Ainsi, le discours ne fonctionne pas isolément, il s'insère la plupart du temps dans un réseau de discours qui justifie son existence. Dans notre thèse par exemple, le discours analysé émane d'un avocat aux Conseils (locuteur) et se destine à la Cour de cassation (auditeur)³⁷, à la suite d'un ensemble d'autres discours (celui des juges du fond, des justiciables et de leurs représentants).

6. Le discours juridique - Le discours juridique est celui « *dans lequel on formule le droit ou dans lequel on parle du droit* »³⁸. Au-delà de la spécificité de son contenu, il est, comme tout discours, écrit ou oral³⁹ et présente un caractère orienté. Georges Vignaux signale à cet égard que « *tout discours juridique, qu'il s'agisse d'élaboration ou d'interprétation du droit, doit être en effet considéré comme discours argumenté, organisé donc en vue d'un projet et négociant ce projet auprès d'une audience particulière ou générale* »⁴⁰. C'est le cas du discours de l'avocat aux Conseils qui tend à recommander au juge l'adoption d'une interprétation législative conforme à l'intérêt de son client⁴¹. L'intentionnalité de l'auteur du discours juridique constitue par conséquent un élément à prendre en considération.

Cette intention peut ressortir du contenu du discours, c'est-à-dire de sa structure interne, mais également de son but. Depuis les travaux d'Austin⁴², il convient d'admettre en effet qu'un énoncé, à l'apparence neutre, peut dissimuler une volonté d'influencer son destinataire. Pour cet auteur, la distinction radicale entre les énoncés constatifs (de nature exclusivement descriptive et pouvant universellement être reconnus comme vrais ou faux) et performatifs (de nature exclusivement prescriptive, qui ne sont ni vrais, ni faux, mais qui atteignent ou

³⁵ I. Jeuge-Maynard (dir.), *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2015, *Discours (sens ling.) : « réalisation concrète écrite ou orale, de la langue considérée comme un système abstrait ».

³⁶ É. Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966, p. 241-242. Cette définition lui permet de distinguer le discours du « récit historique ».

³⁷ Les avocats généraux et les conseillers-rapporteurs sont également les destinataires du discours de l'avocat aux Conseils, cf. *infra* n°221 et s.

³⁸ J. Wróblewski, « Les langages juridiques, une typologie », *Droit et Société*, 1988, pp. 13-26, spéc. p. 15.

³⁹ V. not. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 28 : l'auteur qui, s'appuyant sur les travaux de la linguistique, rappelle qu'il existe deux canaux de communication, le canal écrit et le canal oral, v. égal. pp. 208-209.

⁴⁰ G. Vignaux, « Argumentation et discours de la norme », *Langages*, 1979, pp. 67-85, spéc. p. 69.

⁴¹ Sur la nature interprétative du discours de l'avocat, cf. *infra* n°29, n°86 et s.

⁴² J.-L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, (éd. originale parue en 1962), trad. G. Lane, Paris, Édition du Seuil, 1991.

n'atteignent pas leurs buts) n'est pas soutenable. En réalité, « *le constatif et le performatif ne s'opposent pas, mais au contraire se conjuguent, mieux s'entremêlent* »⁴³. Ainsi, dans tout acte de discours reposent deux niveaux de signification. Le premier, qu'il appelle *sens locutoire* (ou sens sémantique) peut être identifié par le recours à la linguistique et ressort directement du contenu de l'acte, le second, qu'il appelle *force illocutoire*, nécessite pour être identifié de s'intéresser à la « *signification de l'acte qu'on réalise [...] la force expressive d'un acte d'énonciation* »⁴⁴. En d'autres termes, « *dans la dimension illocutoire de l'énoncé, on ne fait pas seulement quelque chose, mais on dit aussi quelque chose qu'on ne pourrait pas comprendre en s'en tenant à la simple dimension locutoire de ce même énoncé* »⁴⁵. Lorsque par exemple, un avocat rappelle à la Cour de cassation une position qu'elle a antérieurement adoptée, il dissimule, derrière ce constat descriptif et incontestable, une volonté, comme par exemple celle de contraindre la Cour suprême à s'y soumettre de nouveau. Dans notre thèse, on s'intéressera autant au contenu du discours de l'avocat qu'à ce qu'il provoque sur son destinataire, la Cour de cassation.

b. La particularité de l'auteur du discours, l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

7. L'avocat aux Conseils, définition - Le discours étudié provient d'un mandataire particulier. Celui dont il émane, l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, est un « *auxiliaire de justice ayant la qualité d'officier ministériel qui jouit du monopole de représenter les parties et de plaider devant la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Tribunal de conflits* »⁴⁶. Contrairement aux avocats à la Cour, il jouit du statut d'officier ministériel ainsi que d'une exclusivité de représentation devant les plus hautes juridictions françaises. Afin de comprendre l'origine de ce statut privilégié, un éclairage historique s'impose.

8. L'avocat aux Conseils, repères historiques - Sans prétendre résumer ici l'histoire de la fonction d'avocat aux Conseils quand une étude entière n'y suffirait pas, on peut toutefois insister sur les grandes étapes de sa construction.

⁴³ O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010, *Austin, rubriquée rédigée par O. Cayla, pp. 16-17, spéc. p. 17.

⁴⁴ *Ibid.* p. 18.

⁴⁵ A. Viala, « Les vertus dialogiques de la parole », in V. Fortier, S. Lebel-Grenier (dir.), *La parole et le droit, Rencontres juridiques Montpellier - Sherbrooke*, éd. Univ. de Montpellier et Univ. de Sherbrooke, 2009, p. 50.

⁴⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Il faut remonter à l'Ancien Régime pour trouver les premières traces de cette profession, sous la dénomination d'avocats aux Conseils du Roi⁴⁷. Si à cette période, la justice devient principalement l'affaire des Parlements⁴⁸, la royauté n'abandonne pas tous ces droits. Saint-Louis instaure un mécanisme qui permet au souverain d'évoquer les affaires contentieuses de son choix pour qu'elles soient examinées devant la Cour royale habilitée à en prononcer la cassation⁴⁹. Initialement réservée au Roi ou à ses représentants, cette procédure s'ouvre aux justiciables au cours du XVI^e siècle⁵⁰. Il apparaît alors nécessaire de limiter l'accès de cette juridiction suprême à un corps spécialisé d'avocats. La Cour royale, itinérante et intermittente, ne permet en effet pas aux parties de se défendre elles-mêmes en raison « *des dangers de la route, des frais de voyage et de l'incertitude du résultat* »⁵¹. Par ailleurs, l'incompétence de certains avocats qui n'ont pour exercer qu'à procéder à une immatriculation auprès du chancelier se conjugue difficilement avec la volonté d'unifier la législation. En réaction à ces insuffisances, le roi « *introduisit l'usage pour les plaideurs de se faire représenter devant cette juridiction par des mandataires spéciaux* »⁵². Alors encore facultatif, le recours à ces représentants particuliers devient obligatoire sous Louis XIV, qui limite, par l'Édit du 2 septembre 1643, l'accès à la Cour royale à des officiers propriétaires de leur charge⁵³. Cent-soixante offices sont créés. Ce grand nombre est un « *moyen commode de résoudre les embarras financiers* »⁵⁴ du royaume qui s'est engagé dans plusieurs guerres⁵⁵.

⁴⁷ Cet ancien titre explique qu'aujourd'hui encore les avocats à la Cour de cassation soient désignés sous le nom d'« avocats aux Conseils ».

⁴⁸ Sous l'Ancien Régime, la justice est déléguée par le roi aux Parlements (de Paris puis aux Parlements de plusieurs villes de province) qui jugent « *sous le couvert de sa souveraineté* », V. L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, *Parlements, rubrique rédigée par J. Hilaire, p. 962.

⁴⁹ V. sur ce point les extraits des mémoires de Joly de Fleury et de Gilbert de Voisins sur les cassations in P.-P.-N. Henrion de Pansey, *De L'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, France, T. Barrois père, 1810. Joly de Fleury explique que la Cour royale « *n'écoute que les moyens qui sont fondés sur une contravention claire et précise aux ordonnances* » (p. 286), et Gilbert de Voisins précise que « *la cassation naturellement ne trouve sa place que lorsque l'ordre des juridictions est épuisé* » (p. 289).

⁵⁰ V. sur ce point l'étude de X. Godin, « La procédure de cassation au XVIII^e siècle », *Histoire, économie & société*, 29^e année, 2010/3, p. 19-36, not. p. 19 : l'auteur montre comment la procédure de cassation s'est finalement ouverte aux justiciables au cours du XVI^e siècle.

⁵¹ G. Guglielmi, « Origine et fondement de l'Ordre, Solis fas cernere solem », in P. Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'état et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002, p. 7.

⁵² L.-J. Hérold, *Tableaux de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, depuis le 10 septembre 1817, précédés d'une introduction historique*, Paris, impr. de L. Berge, 1867, p. 5.

⁵³ Édit du 2 septembre 1643 portant création de 160 avocats au Conseil du Roi, pour occuper et plaider à l'exclusion de tous procureurs, in Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 40 jusqu'à la Révolution de 1789* t. XVII, p. 34. Le roi prit la résolution de « *créer un titre d'office, formé par un nombre certain d'avocats en nos Conseils d'État et Privé, pour en pourvoir par préférence à ceux qui ont exercé lesdites charges par matricule jusqu'à présent (...) et à leur refus, autres personnes de même qualité* ».

⁵⁴ J. Boré, « L'ordre des avocats aux Conseils. Un cent-cinquantenaire », *Revue des Deux Mondes*, mars 1968, p. 63.

Quoi qu'il en soit, cette législation signe l'acte de naissance de la profession. Les avocats aux Conseils, officiers du roi, jouissent, en leur qualité de commensaux, du privilège du *committimus*, qui leur permet de plaider devant plusieurs juridictions et d'y évoquer les causes où ils ont un intérêt⁵⁶ mais également, et contrairement aux avocats qui plaident devant les Parlements, de représenter les justiciables devant la Cour du roi. Ils se réunissent officiellement au sein d'une même compagnie dont la devise - *solis fas cernere solem*⁵⁷ en révèle assez bien l'état d'esprit : « *eux seuls pouvaient fixer le Soleil, préparer, par la contribution qu'ils prenaient à l'avis du Conseil, la décision du souverain* »⁵⁸. Si pendant les décennies suivantes, la profession fait honneur à ses privilèges grâce à la renommée de ses membres, elle ne tarde pas à rencontrer des difficultés menaçant son indépendance. La vénalité des offices attire en effet des avocats qui ne sont pas tous sélectionnés pour leur compétence et qui privilégient parfois les intérêts de la couronne à ceux de leurs clients. Partagés entre les besoins du Trésor et la volonté d'une justice apaisée et unifiée, les souverains n'amélioreront pas la situation. Seuls détenteurs du pouvoir de réduire ou d'augmenter le nombre d'offices, ils en usent de façon contingente et inefficace⁵⁹. Par ailleurs, la procédure devant le Cour royale devient de plus en plus complexe : « *mi-écrite, mi-orale, elle est encore pour une large part le fruit d'usages mal codifiés, qui se sont sédimentés à mesure que les attributions du Conseil se sont affirmées et que les recours se sont façonnés* »⁶⁰.

Cet ensemble de dérives prépare et légitime l'intervention du chancelier d'Aguesseau, qui est à l'origine d'une réforme, le Règlement du 28 juin 1738, fragilisant considérablement le pouvoir des avocats aux Conseils. De retour d'un exil imposé par le Duc d'Orléans, cet ancien avocat général au Parlement de Paris a eu tout le temps nécessaire pour mûrir un projet qui lui

⁵⁵ V. sur ce point P.- A. de Vidaillan, *Histoire des Conseils du Roi depuis l'origine de la monarchie jusqu'à nos jours*, Paris, Amyot, 1856, vol. 1, spéc. p. 418 : l'auteur précise en effet que la vénalité et le nombre des offices royaux étaient justifiés par la nécessité de dégager « *beaucoup de ressources pour résister aux attaques dont le royaume était menacé de tous côtés* ».

⁵⁶ Le *committimus* du grand sceau est délivré aux avocats les plus aguerris et s'étend dans tout le Royaume alors que le *committimus* du petit sceau ne vaut que dans le ressort du Parlement qui l'a conféré. V. sur ce point, G. Guglielmi, art. préc., p. 8.

⁵⁷ V. les deux acceptions retenues site de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, rubrique historique, http://www.ordre-avocats-cassation.fr/histoire_fr.html : « *L'heureux destin du soleil est de faire face au soleil* » ou « *à eux-seuls l'heureux destin de faire face au soleil* ». La référence au « soleil » n'est pas sans rappeler le surnom donné au souverain Louis XIV.

⁵⁸ J. Boré, art. préc., pp. 63-64.

⁵⁹ G. Guglielmi, art. préc., p. 11. L'auteur expose les variations du nombre d'avocats aux Conseils : « 160 en 1643, 200 en 1644, 230 en 1646, 200 en 1650, 160 en 1672, 170 en 1673, 70 en 1738, 98 en 1768, 70 en 1774, 73 en 1789 ».

⁶⁰ N. Morelli, « Une révolution sous Louis XV, le Règlement du 28 juin 1738 », *Justice et cassation*, 2008, p. 196.

est cher, améliorer le fonctionnement de la justice française⁶¹. L'un de ses jeunes fils, Monsieur de Fresnes, est chargé de préparer la réforme de la procédure devant la Cour royale. Face à la rapidité avec laquelle ce règlement est élaboré, la rumeur court dans Paris qu'il n'est pas l'auteur véritable de ce travail considérable mais que tout l'honneur doit revenir à Claude Godefroy, un des avocats aux Conseils les plus expérimentés de la Compagnie. Le fils du chancelier n'aurait en effet inséré au règlement qu'une vingtaine d'articles qui sont justement au centre d'une vive polémique. Il faut dire que ces dispositions mettent sérieusement en doute les compétences des avocats aux Conseils. En ce sens, on peut citer un passage du Règlement qui définit précisément la procédure à suivre pour former un recours devant la Cour royale : « *toute requête doit être écrite en demi-grosse seulement, chaque rôle contiendra au moins 25 lignes, chaque ligne 12 syllabes au moins [sans quoi] chaque rôle sera rayé en entier, et si les dits rôles ont été payés par la partie elle pourra répéter contre son avocat ce qu'il aura reçu* »⁶². Lorsque ce règlement leur est publiquement présenté, les avocats aux Conseils se sentent humiliés et requièrent auprès du roi son annulation⁶³, mais sans succès⁶⁴. Ils préfèrent alors quitter leurs fonctions plutôt que d'appliquer un texte qui les déshonore. Cela n'entame en rien la détermination du chancelier d'Aguesseau qui décide même, par édit du 10 septembre 1738, de supprimer les cent soixante-dix charges existantes pour en créer soixante-dix nouvelles. En quelques mois seulement, la profession perd plus de la moitié de ses membres et c'est alors fragilisée qu'elle entre dans la période révolutionnaire.

La Révolution française marque une rupture profonde avec l'ensemble des institutions de l'Ancien Régime. Or, « *les conseils du Roi, par cela qu'ils étaient royaux, étaient donc*

⁶¹ V. sur ce point : I. Storez, « La philosophie politique du chancelier d'Aguesseau », *Revue historique*, 1981, p. 381 et s, spéc. p. 383 : « *Le chancelier demeura cinq ans dans sa terre de Fresnes, éloigné de toutes les affaires. Ce n'était pas un ambitieux certes, mais l'inaction lui pesait infiniment. Il meubla sa solitude en étudiant plus attentivement encore les différentes parties du droit* ».

⁶² Art. 26 du titre IV du Règlement du 28 juin 1738 concernant la procédure du Conseil, in Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, 1821-1833, t. 18, n°503, p. 72-73, v. égal. art. 25 : « *Toutes les requêtes qui seront présentées au conseil seront écrites correctement et lisiblement (...)* ».

⁶³ V. l'extrait des *Très humbles et très respectueuses représentations*, adressées au Roi par les Avocats aux Conseils in É. Bos, *Les avocats aux Conseils du roi : étude sur l'ancien régime judiciaire de la France*, Paris, Marchal, Billard et cie, 1881, p. 416. Les Avocats aux Conseils estimaient que « *le parti d'abdiquer leurs charges et de renoncer à en faire jamais les fonctions leur paraissait préférable à celui d'exécuter un règlement, dont plusieurs dispositions étaient impraticables, d'autres contraires à l'intérêt des parties [...] d'autres enfin les flétrissaient, les déshonoraient et les mettaient au rang des plus vils praticiens* ».

⁶⁴ Le règlement litigieux est d'ailleurs encore en vigueur et a fait encore l'objet d'applications judiciaires, à l'exclusion des dispositions les plus contestées. V. par ex. Civ. 3^e, 12 janv. 2000, *Bull. civ. III*, n° 5 : la Cour de cassation énonce qu'une partie peut désavouer son avocat au Conseil d'État ou à la Cour de cassation s'il a, sans son accord, déposé un désistement de pourvoi en se fondant sur le titre IX de la deuxième partie du règlement du 28 juin 1738.

également voués à la mort »⁶⁵. Pour ce qui nous intéresse, la création du Tribunal de cassation traduit le mieux la volonté de rompre avec la justice telle qu'elle était pratiquée auparavant. Institué le 1^{er} décembre 1790, il se distingue sensiblement de l'ancien Conseil du Roi tant sur le plan de sa compétence que de sa composition. Sa compétence est désormais exclusivement judiciaire, la justice administrative ayant été supprimée, et porte uniquement sur les questions de droit. Le Tribunal regarde en effet si le jugement qui lui est déféré est conforme à la loi, mais ne s'intéresse plus aux faits de l'espèce. Il se compose de juges, élus pour quatre ans, qui rendent de véritables décisions contrairement aux conseillers royaux, qui formulaient, en l'absence de souverain, de simples avis à son endroit. Par ailleurs, de peur que cette juridiction ne se comporte comme un législateur, à l'image des Parlements de l'Ancien-Régime, les révolutionnaires, sous l'influence de Robespierre, établissent le Tribunal de cassation auprès du Corps législatif⁶⁶ et instaurent le référé législatif⁶⁷. Cette méfiance à l'égard des juges se propage alors à l'ensemble du personnel judiciaire et à ses corporations. Le sort des avocats est scellé en 1790⁶⁸, celui des avocats aux Conseils moins d'un an plus tard. Après un moment d'hésitation, les offices des avocats aux Conseils sont supprimés et leur ordre professionnel est dissout sur proposition du comité de judicature du 15 janvier 1791 adoptée le 14 avril⁶⁹. Danton, pourtant avocat aux Conseils, est l'un des instigateurs de cette mesure, « *supprimant les charges de ses confrères, non sans avoir préalablement cédé la sienne, le grand tribun conciliait ainsi magnifiquement les intérêts de sa conscience avec la conscience de ses intérêts* »⁷⁰. Si ces professionnels peuvent encore exercer en tant qu'avoués devant la juridiction, cette dernière fonction est également

⁶⁵ J. Boré, art. préc., p. 64.

⁶⁶ Robespierre souhaitait au départ que le Tribunal de cassation relève du Corps législatif, mais finalement, il a simplement été décidé que le Tribunal de cassation rende annuellement des comptes au législateur sur ses décisions. V. Art. 24 du décret du 27 nov. 1790 *portant institution d'un Tribunal de cassation et réglant sa composition, son organisation, et ses attributions* in J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil d'État*, Tome 2, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 58 : le Tribunal de cassation devait envoyer chaque année « *à la barre de l'assemblée du Corps législatif une députation de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire, et le texte de loi qui aura décidé la cassation* ».

⁶⁷ V. Art. 12 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire*, cf. *supra* note de bas de page n°5.

⁶⁸ Art. 14 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* : « *En toute matière civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports et jugements seront publics ; et tout citoyen aura le droit de défendre lui-même sa cause, soit verbalement, soit par écrit* » ; v. égal. Art. 10 du décret *sur l'organisation judiciaire* du 11 septembre 1790 : « *Les hommes de loi ci-devant appelés avocats, ne devant former ni ordre ni corporation, n'auront aucun costume particulier dans leur fonction* », in J.-B. Duvergier, *op. cit.*, Tome 1, p. 311 et p. 355.

⁶⁹ Art. 5 du décret du 14-17 avril 1791 *relatif au tribunal de cassation* : « *Les offices des avocats aux Conseils sont supprimés. Ceux qui en étaient pourvus seront admis à faire les fonctions d'avoués au Tribunal de cassation ...* » in J.-B. Duvergier, *op. cit.*, Tome 2, p. 305-306.

⁷⁰ J. Boré, art. préc., p. 65.

supprimée en 1793⁷¹. Plus rien ne distingue alors les avocats aux Conseils des avocats postulant devant les juridictions du fond. Pire encore, il n'existe plus d'avocats. Ces derniers ne sont plus que des « *défenseurs officieux* » et partagent leurs fonctions avec tous ceux qui s'improvisent représentants des justiciables. Mais comme les membres de la profession ne se sont pas départis du lien qui les unit⁷², ils sont prêts à reconquérir leur statut et l'occasion se présente rapidement. Le 3 juillet 1797, le Tribunal de cassation, représenté par quatre de ses juges, rédige en effet un mémoire pour dénoncer les dérives du système des défenseurs officieux et pour appeler au rétablissement des avocats aux Conseils. Ils insistent sur « *l'indispensable et urgente nécessité de rendre aux tribunaux leurs officiers ministériels [qui] se fait sentir plus particulièrement au Tribunal de cassation, placé dans la ville capitale, où vient se perdre dans la foule tout ce que les départements rejettent d'impur et qui met les justiciables à une distance qui les expose dans leurs choix à des méprises et assure trop d'avantages à l'industrie des aventuriers qui les extorquent...* »⁷³. Trois ans plus tard, la revendication de la plus haute juridiction française est entendue par le législateur qui instaure plus de cinquante charges d'avoués⁷⁴. Ces derniers bénéficient d'un monopole de postulation devant le Tribunal de cassation mais partagent encore avec d'autres la fonction de représentation des parties.

Les avocats aux Conseils retrouvent ainsi une partie de leurs prérogatives, mais l'avenir de ces professionnels dépend encore fortement de la période postrévolutionnaire. Or, malgré toute l'hostilité de Napoléon 1^{er} à l'égard des avocats⁷⁵, la nécessité de retrouver une justice

⁷¹ Art. 12 du décret du 24 oct. 1793 *qui détermine une nouvelle forme pour l'instruction des affaires devant les tribunaux et supprime les fonctions d'avoués* : « *Les fonctions d'avoués sont supprimés, sauf aux parties à se faire représenter par de simples représentés de pouvoirs, qui seront tenus de justifier de certificats de civisme* », J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil d'État*, Tome 6, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 151-152.

⁷² Ils s'étaient officieusement regroupés sous un barreau nommé « *hommes de loi près du Tribunal de cassation* ».

⁷³ Extrait de la délibération du Tribunal de cassation du 15 Messidor an V, cité in C. Verline, *La nécessité du monopole des avocats aux Conseils devant l'histoire*, Mém. DEA, Paris, 1998, L'auteur cite un autre extrait particulièrement révélateur : « *Il y a longtemps que le Tribunal voit avec douleur des fonctions délicates partagées entre des hommes irréprochables et qui ont fait leurs preuves et des vagabonds que le hasard de leur fortune a poussé dans une carrière qu'ils déshonorent. Les prévarications se répètent d'autant plus que les prévaricateurs, indépendants de toute surveillance, sont plus assurés de l'impunité* ».

⁷⁴ Art. 93 de la loi du 17 mars 1800 *sur l'organisation des tribunaux* : « *Il sera établi près le Tribunal de cassation, près chaque tribunal d'appel, près de chacun des tribunaux de première instance, un nombre fixe d'avoués, qui sera réglé par le gouvernement sur l'avis du tribunal auquel les avoués devront être attachés* », in B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, avis du Conseil d'État*, Tome 12, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 162.

⁷⁵ Extrait d'une lettre de Napoléon 1^{er} destinée à Cambacérès in J. Le Berquier, « Le barreau moderne, sa constitution, ses franchises », *Revue des Deux Mondes*, 1861, n°7, p. 152 : « *le décret est absurde. Il ne laisse aucune prise, aucune action contre eux. Ce sont des factieux, des artisans de crimes et de trahisons ; tant que j'aurai une épée au côté, jamais je ne signerai un pareil décret ; je veux qu'on puisse couper la langue à un avocat qui s'en servirait contre le gouvernement* ».

apaisée permet à la profession de reconquérir définitivement ses attributs. Déjà, et simultanément à la transformation du Tribunal de cassation en Cour de cassation et au rétablissement du titre d'avocat, un décret du 25 juin 1806 lui rend son prestige d'antan, les avoués au Tribunal de cassation redeviennent officiellement des « *avocats* » à la Cour de cassation⁷⁶. Ils forment un collège de cinquante membres, nommés par ordonnance, jouissant de nouveau d'un monopole de représentation devant la juridiction. Une loi du 28 avril 1816 restitue par ailleurs à ces professionnels le droit de céder leur office, mettant cependant définitivement fin à leur caractère héréditaire, vestige d'une époque révolue⁷⁷. Quant à la réhabilitation de l'instance ordinale, elle se réalise en deux étapes. Est d'abord instituée, par ordonnance du 13 novembre 1816, la fonction d'avocat au Conseil d'État, juridiction qui a été créée en 1799 suite à « *l'éclipse passagère de la justice administrative pendant la période révolutionnaire* »⁷⁸. Les fonctions d'avocat à la Cour de cassation et d'avocat au Conseil d'État sont ensuite déclarées indivisibles. Ces professionnels, qui se partagent la propriété de d'un nombre limité d'offices, sont rassemblées au sein d'un ordre professionnel commun, l'« *Ordre des avocats aux Conseils du Roi et à la Cour de cassation* »⁷⁹, connu aujourd'hui sous la dénomination d'« *Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation* »⁸⁰. Finalement, en dehors de quelques modifications et compléments que le temps a rendus nécessaires, la profession n'a plus connu de réforme profonde.

Cet aperçu historique est riche d'enseignements. Il met en lumière la ténacité d'une profession qui, s'appuyant sur la solidarité de ses membres, a pu reconquérir son statut

⁷⁶ Art. 1^{er} du décret du 25 juin 1806 *portant que les avoués en la Cour de cassation prendront le titre d'avocats* : « *Les avoués à la Cour de cassation prendront le titre d'avocats* », in J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, avis du Conseil d'État*, Tome 15, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 391.

⁷⁷ Art. 91 de la loi du 28 avril 1816 *sur les finances* : « *Les avocats à la Cour de cassation pourront présenter à l'agrément de Sa Majesté des successeurs, pourvu qu'ils réunissent les qualités exigées par les lois. Cette faculté n'aura pas lieu pour les titulaires destitués. Les successeurs présentés à l'agrément, en application du présent alinéa, peuvent être des personnes physiques ou des sociétés civiles professionnelles. Il sera statué, par une loi particulière, sur l'exécution de cette disposition, et sur les moyens d'en faire jouir les héritiers ou ayants-cause desdits officiers. Cette faculté de présenter des successeurs ne déroge point, au surplus, au droit de Sa Majesté de réduire le nombre desdits fonctionnaires, notamment celui des notaires, dans les cas prévus par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat* » in J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, avis du Conseil d'État*, Tome 20, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 391.

⁷⁸ J. Boré, art. préc., p. 68.

⁷⁹ V. Art. 1^{er}, 2, 3 de l'Ordonnance du 10 septembre 1817 *du roi qui réunit sous la dénomination d'ordre des avocats aux Conseils du roi et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux Conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement le nombre des titulaires et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'ordre*, in J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, avis du Conseil d'État*, Tome 21, A. Guyot et Scribe, 1834, p. 216.

⁸⁰ V. décret du 28 octobre 1850 *modifiant l'article 8 de l'ordonnance du 10 septembre 1817* (abrogé), accessible en ligne, sur www.legifrance.fr.

officiel sans que jamais plus il ne lui échappe. Il témoigne également de « *la confiance que n'ont cessé de lui témoigner les deux hautes juridictions* »⁸¹. Par-delà les époques et les régimes politiques, la figure de l'avocat aux Conseils s'est en effet rendue essentielle parce que ses fonctions répondent aux attentes spécifiques des juridictions suprêmes.

9. L'avocat aux Conseils, un officier ministériel - Actuellement, l'avocat aux Conseils est placé sous la surveillance des procureurs de la République⁸². Il échappe toutefois, en raison de sa qualité d'avocat, aux règles disciplinaires imposées aux autres officiers ministériels⁸³. Il se trouve en effet soumis à un règlement déontologique spécialement conçu par son ordre professionnel⁸⁴ et sa responsabilité est sujette à un régime particulier⁸⁵.

La profession réunit aujourd'hui cent onze membres⁸⁶ et se partage la propriété de soixante offices, cessibles à un successeur qui devra être agréé par le Garde des Sceaux⁸⁷. Le gouvernement se réserve par ailleurs, depuis 2009, le droit de créer des charges supplémentaires en fonction des besoins du Conseil d'État et de la Cour de cassation⁸⁸. Cela dit, l'exercice de la profession sous forme de société civile professionnelle a déjà permis

⁸¹ J. de Lapanouse, « L'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation devant l'histoire », in *Le Conseil d'État, livre jubilaire pour commémorer son 150^e anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 365.

⁸² Art. 45 de la loi du 20 avr. 1810 *sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice*, les procureurs généraux « auront la surveillance de tous les officiers de police judiciaire et officiel ministériels du ressort » in J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, avis du Conseil d'État*, Tome 17, p. 79.

⁸³ Contrairement aux notaires par exemple, ils peuvent, sans en être inquiétés, refuser de prêter leurs concours aux justiciables et fixer librement leurs honoraires.

⁸⁴ V. Règlement général de déontologie adopté par le Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation le 2 déc. 2010, entré en vigueur le 1^{er} janv. 2011, accessible sur le site de l'Ordre : <http://www.ordre-avocats-cassation.fr/>.

⁸⁵ V. art. 13 de l'Ordonnance du 10 septembre 1817, JORF, 28 août 1942 p. 287, modifié par l'article 28 de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 *de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées*, JORF, 29 mars 2011, p. 5447 : « Les actions en responsabilité civile professionnelle engagées à l'encontre d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation sont portées, après avis du conseil de l'ordre, devant le Conseil d'État, quand les faits ont trait aux fonctions exercées devant le tribunal des conflits et les juridictions de l'ordre administratif, et devant la Cour de cassation dans les autres cas ».

⁸⁶ Données accessibles sur le site de l'Ordre : <http://www.ordre-avocats-cassation.fr/>.

⁸⁷ Art. 19 du Décret n°91-1125 du 28 octobre 1991 *relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État*, JORF n°254 du 30 oct. 1991, p. 14229 : « ... les nominations d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation sont prononcées par arrêté du garde des Sceaux, ministre de la justice » sur demande du procureur général près la Cour de cassation (V. art. 21).

⁸⁸ Art. 15 du décret n° 2009-452 *relatif à l'évolution des professions juridiques et judiciaires*, JORF n°0095 du 23 avril 2009, p. 7021 : Le premier alinéa de l'article 3 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 susvisée est remplacé par les dispositions suivantes : « Le garde des Sceaux, ministre de la justice, peut, par arrêté, créer de nouveaux offices d'avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour des motifs tenant à la bonne administration de la justice, au vu notamment de l'évolution du contentieux devant ces deux juridictions, après avis du vice-président du Conseil d'État, du premier président de la Cour de cassation, du procureur général près la Cour de cassation et du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ».

d'augmenter considérablement le nombre de ces mandataires spéciaux⁸⁹. Plus récemment, une ordonnance de 2014 a également autorisé la personne physique ou morale, titulaire d'une charge, à engager un salarié⁹⁰. Si la qualité d'officier ministériel n'est donc *a priori* plus indispensable à l'exercice de la profession, en pratique, il n'existe pas encore d'avocat aux Conseils salarié⁹¹.

En toutes hypothèses, l'accès à cette profession est soumis à des conditions rigoureuses. Pour devenir avocat aux Conseils, il faut en effet répondre à un certain nombre de conditions traditionnelles de nationalité, de probité, d'expérience et de diplômes⁹², mais également être titulaire du certificat d'aptitude à la profession d'avocat aux Conseils qui atteste de l'acquisition des compétences nécessaires à la représentation des justiciables devant les plus hautes juridictions françaises, et notamment devant le Conseil d'État et la Cour de cassation⁹³.

10. Le monopole de représentation devant les juridictions suprêmes - Si rien n'interdit à l'avocat aux Conseils de représenter ses clients devant les juridictions du fond, il est d'usage qu'il n'exerce pas cette faculté en raison du monopole déjà très entendu dont il jouit devant les juridictions suprêmes⁹⁴. On entend par juridictions suprêmes les plus hautes juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, à savoir le Conseil d'État⁹⁵ et la Cour de cassation.

⁸⁹ Cette possibilité d'exercer sous forme de société civile professionnelle a été reconnue dès 1978, V. art. 4. du décret n°78-380 du 15 mars 1978 *portant application à la profession d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles*, JORF du 23 mars 1978, p. 1260.

⁹⁰ Art. 1^{er} de l'Ordonnance n°2014-239 du 27 février 2014 *relative à l'exercice des professions d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation et de notaire en qualité de salarié* modifiant l'art. 3-1 de l'Ordonnance du 10 sept. 1817 susvisée, JORF n°0050 du 28 févr. 2014, p. 3630 : « *L'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation peut exercer sa profession en qualité de salarié d'une personne physique ou morale titulaire d'un office d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation* ».

⁹¹ Cette information a été confirmée par l'Ordre lors d'un entretien téléphonique du 8 sept. 2015.

⁹² Toutes les conditions et éventuelles dispenses pour accéder à la profession sont précisées par le décret n°91-1125 du 28 octobre 1991 *relatif aux conditions d'accès à la profession d'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, JORF n°254 du 30 octobre 1991, p. 14229, V. spéc. art. 1 à 4.

⁹³ V. art. 6 à 16 du décret précité. V. égal. sur ce point, J. Boré, « L'accès à la profession d'avocat aux Conseils », *RFDA*, 1992, p. 865 et s. Le diplôme, qui suppose la réalisation d'un stage effectué auprès de l'Ordre, est délivré annuellement par un jury composé de six membres : un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation, un Professeur de droit et trois avocats aux Conseils.

⁹⁴ Rép. pr. civ., *Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, par B. Odent, n°101, p. 11 : ce professionnel n'exerce pas ses fonctions « *devant les juges du fond de l'ordre judiciaire. Une pratique voulait autrefois que les avocats aux Conseils aillent plaider devant la juridiction de renvoi lorsqu'une cassation avait été prononcée. L'interprétation de la portée d'un arrêt de cassation étant parfois difficile et supposant une connaissance approfondie de la rédaction des arrêts de la Cour suprême, cette pratique était heureuse. Elle est tombée en désuétude* ».

⁹⁵ Devant le Conseil d'État, le ministère d'avocats aux Conseils est indispensable pour un recours en cassation ou plein contentieux mais n'est pas obligatoire concernant le recours pour excès de pouvoir et les recours en appréciation de légalité. Par ailleurs, ce monopole ne s'impose jamais à l'État, quel que soit le domaine concerné, V. CE, 8 mars 1957, *Min. Travaux publics, Gebhardt et Muller, Rec.*, p. 161.

Devant la Cour de cassation par exemple, le monopole est exclusif s'agissant de la plaidoirie et quasi-exclusif s'agissant de l'instruction écrite. Ces dernières années, ce monopole n'a en effet cessé de s'élargir. Depuis 2004⁹⁶, seules les parties à un litige pénal⁹⁷ ou électoral⁹⁸ ou les personnes agissant au nom de l'État ou d'organismes sociaux⁹⁹ ne sont pas tenues de recourir aux services de cet avocat spécialisé pour exercer un pourvoi. Il faut également évoquer l'hypothèse, très rare en pratique, de l'exercice d'un pourvoi extraordinaire par le procureur général près la Cour de cassation puisque le ministère d'avocat aux Conseils devient alors soit inutile, soit facultatif. Il est inutile concernant le pourvoi dans l'intérêt de la loi, car le ministère public n'a pas à mettre en cause les parties dans la mesure où la décision de la Cour de cassation, qui fait suite à ce recours, ne peut ni leur nuire, ni leur profiter, elle tend simplement à éviter que l'arrêt critiqué ne fasse jurisprudence¹⁰⁰. Les parties restent par conséquent tenues d'exécuter la décision du fond même si elle est cassée¹⁰¹. Autre est en revanche le cas du pourvoi pour excès de pouvoir. Si à l'origine les parties étaient également exclues de la procédure, le législateur a finalement décidé qu'elles devaient être mises en cause par le procureur car la portée d'une cassation pour excès de pouvoir est bien supérieure à celle d'une cassation dans l'intérêt de la loi¹⁰². Si la cassation est prononcée pour « *méconnaissance de la séparation des pouvoirs, dès règles expresses d'organisation et de compétences judiciaires, des principes fondamentaux de la procédure* »¹⁰³, la décision en cause est effectivement annulée et cette annulation vaut *erga omnes*, y compris à l'égard des

⁹⁶ V. Décret du 20 août 2004 *portant modification de la procédure civile*, JORF, 22 août 2004, p. 15032. Avant ce décret, le contentieux prud'homal, de prêts aux rapatriés, d'expropriation, d'étrangers ou de surendettement échappait encore au monopole de représentation.

⁹⁷ V. art. 584 du C. pr. pén.

⁹⁸ Lorsqu'en matière civile, survient un litige en vue de contester des élections, l'article R 15-6 du C. élec. est applicable, celui-ci dispose que : « *Les parties sont dispensées du ministère d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Si les parties ou l'une d'elles chargent un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation de les ou de la représenter, les dispositions des articles 974 à 982 du code de procédure civile ne sont pas applicables* ».

⁹⁹ V. art. R. 144-8 du CSS.

¹⁰⁰ V. L. Bonnet, *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1909, spéc. p. 22 : La cassation serait « *purement doctrinale, elle atteste simplement que la décision attaquée par le procureur général n'est pas conforme au droit et évite qu'elle ne fasse jurisprudence* ».

¹⁰¹ Art. 17 al. 2 de la loi n°67-523 du 3 juillet 1967 *relative à la Cour de cassation*, JORF, 4 juil. 1967, p. 665 : « *Si une cassation intervient, les parties ne peuvent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de la décision cassée* ».

¹⁰² Alors que le pourvoi pour excès de pouvoir existe depuis 1791, ce n'est qu'en 1967 que le législateur s'est préoccupé de l'incidence de la solution qu'il entraîne sur les parties en prévoyant leur mise en cause : Art. 18 al. 2 de la loi précitée : « *les parties sont mises en cause par le procureur général qui leur fixe des délais pour produire leurs mémoires ampliatifs et en défense* ». Avant cette date, les auteurs défendaient l'opposabilité de la solution aux parties sans se soucier de leur implication dans la procédure. V. par ex. : L. Bonnet, *op. cit.*, p. 97. L'auteur considère que l'inopposabilité de l'arrêt aux parties « *serait contraire au but même du pourvoi pour excès de pouvoir qui est forcément l'annulation complète et absolue de l'acte attaqué* ».

¹⁰³ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°880, p. 639.

parties. Attraites à une procédure à laquelle les parties n'avaient pas voulu prendre part, le législateur n'a pas souhaité les obliger à recourir au service d'un avocat aux Conseils, la présence du mandataire étant seulement facultative¹⁰⁴.

Dans toutes les autres hypothèses, l'avocat aux Conseils est l'intermédiaire obligatoire entre le justiciable et la Cour de cassation¹⁰⁵. C'est lui qui signe la déclaration de pourvoi et qui instruit le recours sous peine d'irrecevabilité de l'action¹⁰⁶. Cette exclusivité a été reconnue par le droit de l'Union européenne¹⁰⁷ et jugée conforme à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁰⁸. Ce monopole de représentation est généralement justifié par les missions spécifiques reconnues aux plus hautes juridictions françaises. Il permet de sauvegarder l'intérêt du justiciable dans la mesure où la procédure en cassation est sujette à une technique particulière.

Les liens privilégiés qui unissent la profession aux juridictions suprêmes se trouvent d'ailleurs confortés par un rapide aperçu des autres systèmes judiciaires européens¹⁰⁹. Certains pays connaissent en effet un barreau spécialisé qui regroupe un nombre limité de mandataires pour postuler et représenter les justiciables devant les plus hautes juridictions¹¹⁰.

¹⁰⁴ V. art. 18 al. 1^{er} *in fine* de la loi précitée : « *Le ministère d'avocat n'est pas obligatoire* ».

¹⁰⁵ Art. 973 al. 1^{er} du CPC : « *Les parties sont tenues, sauf disposition contraire, de constituer un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation* ».

¹⁰⁶ V. par ex : Soc. 14 oct. 1998, n°95-41.763 et 95-42.912, *Bull. civ.* V, n° 422.

¹⁰⁷ V. art. 5, 3) de la Directive 98/5/CE du 16 février 1998 *visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise*, JOCE 14 mars 1998, p. 39 : « *Néanmoins, dans le but d'assurer le bon fonctionnement de la justice, les États membres peuvent établir des règles spécifiques d'accès aux cours suprêmes, telles que le recours à des avocats spécialisés* ».

¹⁰⁸ Civ. 1^{ère}, 10 mai 2000, n°99-15.696, *Bull. civ.* I, n°136 : « *Mais attendu que l'article 973 du nouveau Code de procédure civile (...) ne porte en rien atteinte aux droits définis par la Convention européenne des droits de l'homme et, en particulier, à l'article 6.3, c)* ».

¹⁰⁹ Si on limite cet aperçu aux systèmes européens, la nécessité de limiter l'accès des cours suprêmes à des avocats particulièrement compétents se retrouve également au-delà des frontières européennes. V. sur ce point le vol. 30 de la *RIDC* de 1978, consacré à une enquête comparative des cours suprêmes et plus particulièrement l'étude d'A. Tunc, « *Conclusions. La Cour suprême idéale* », *RIDC*, vol. 30, 1978, p. 433 et s., spéc. p. 450. L'auteur s'intéresse à la question d'un barreau spécialisé devant les juridictions suprêmes. Il cite, entre autres exemples, le cas des États-Unis où la Cour suprême américaine sélectionne ses avocats « *parmi les étudiants frais émoulus des meilleures facultés de droit* ».

¹¹⁰ Sur cette question, v. spéc. J. Boré, « *La fonction d'avocats auprès des cours suprêmes* », *D.* 1989, chron. p. 159-166 ; Ordre des avocats aux Conseil d'État et à la Cour de cassation (dir.), *Le juge de cassation en Europe*, Acte du colloque du 10 mars 2011, Cour de cassation, 20^{ème} anniversaire de l'Association européenne des barreaux des Cours suprêmes, Paris, Dalloz, 2012.

C'est le cas de l'Allemagne et de la Belgique. D'autres pays, comme l'Italie¹¹¹, la Grèce, le Danemark et la Norvège ne fixent pas de *numerus clausus* pour l'exercice de la profession d'avocat aux Conseils mais conditionnent son accès à des conditions strictes (longue pratique de la profession d'avocat, stage et examen d'entrée spécifique). Enfin, si certains pays ne connaissent pas de barreaux spécialisés et permettent à tout avocat de plaider devant la Cour suprême¹¹², cette habilitation générale dissimule, le plus souvent, une spécialisation *de facto* : « *tel est le cas de la Hollande [...], de l'Espagne et du Portugal, où il existe des avocats parfaitement rompus à la distinction du fait et du droit* »¹¹³. À l'évidence, la limitation de l'accès des juridictions suprêmes à des avocats disposant de compétences spécifiques est loin de constituer une particularité nationale. Jacques Boré précise à cet égard que la profession d'avocat aux Conseils s'est imposée « *à tous les hommes qui ont eu la tâche difficile d'organiser l'administration de la justice* »¹¹⁴.

c. La particularité du contenu du discours

11. La dualité fonctionnelle du discours - Si comme tout discours juridique, le discours de l'avocat aux Conseils est celui « *dans lequel on formule le droit ou dans lequel on parle du droit* »¹¹⁵, il ne présente pas toujours le même contenu et répond à des enjeux divers. La fonction de son discours « *n'a jamais été limitée à la défense devant les tribunaux* »¹¹⁶, l'avocat donnant également des consultations à ses clients. Cette fonction d'assistance revêt une importance particulière pour les hautes juridictions, puisqu'en décourageant les justiciables de former un pourvoi en cassation lorsqu'il estime l'action vouée à l'échec, l'avocat aux Conseils assume un rôle de filtre qui permet de maîtriser le flux des recours

¹¹¹ En Italie, même si le barreau a instauré un tableau particulier destiné à un corps spécial d'avocats dont l'inscription est conditionnée à la réussite d'un examen très exigeant et à la pratique du métier d'avocat pendant huit années, la Cour de cassation italienne a fait l'objet, dans les années 1990, d'un encombrement de ses chambres. Si cet encombrement a été imputé à des conditions trop généreuses pour attaquer un jugement en cassation (V. au contraire le système allemand qui conditionne l'accès à sa juridiction suprême « *à des cas d'ouverture spécifiques à savoir la question de principe, l'évolution du droit et l'harmonisation d'une jurisprudence divergente* » : N. Gross, « Le juge de cassation en Europe: l'Allemagne », in S. Amrani-Mekki (dir.), *Le juge de cassation en Europe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 32), certains y voient aussi une conséquence de l'absence de limitation numérique de mandataires spécialisés (V. en ce sens J. Boré, « La fonction d'avocats auprès des cours suprêmes », art. préc., p. 160: « *En Italie, où l'Ordre spécialisé ne comporte pas de limitation en nombre, le contingent des recours qui envahissent la Cour de cassation a atteint, en 1988, 75000...* »).

¹¹² J. Boré, « La fonction d'avocats auprès des cours suprêmes », art. préc., p. 165 : l'auteur envisage les hypothèses spécifiques de « *faible dimension du pays* » (Luxembourg), de très faible activité juridictionnelle (Chambre des lords anglaise) ou de conflits régionaux (Espagne).

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 169.

¹¹⁵ J. Wróblewski, « Les langages juridiques, une typologie », *Droit et Société*, 1988, p. 15.

¹¹⁶ R. Martin, *Déontologie de l'avocat*, 11e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°60, p. 33.

soumis à leur examen. Ainsi, le discours de cet acteur présente une dualité fonctionnelle. Il peut être destiné au client dans l'intérêt des juridictions, il assure alors une *fonction consultative*. Il peut également être destiné aux juridictions dans l'intérêt du client, il assure alors une *fonction représentative*.

12. Le discours consultatif, un discours destiné au client dans l'intérêt des juridictions suprêmes - Lorsqu'un justiciable souhaite former un pourvoi en cassation contre une décision rendue en dernier ressort qui lui fait grief¹¹⁷, il est fréquent qu'il sollicite une consultation dont l'objectif est de mesurer les chances de succès du recours. L'avocat aux Conseils donnera alors son avis, généralement sous forme écrite¹¹⁸, soit avant de déposer le pourvoi, soit après l'avoir déposé à titre conservatoire. Cette consultation préalable trouve son origine dans les fonctions traditionnellement dévolues à l'avocat aux Conseils¹¹⁹. Avocat, il cherche à préserver les intérêts de son client en l'alertant sur « *les limites dans lesquelles s'exerce le contrôle de la Cour suprême, ce qu'on peut en attendre, ce qu'on ne doit pas espérer* »¹²⁰. Officier ministériel, il veille également au bon fonctionnement de la juridiction en évitant de lui soumettre des recours irrecevables ou dépourvus d'intérêt : « *le premier service que la Cour de cassation attend des avocats aux Conseils est qu'ils refusent de présenter un pourvoi qui n'a pas de chance d'être admis* »¹²¹.

Si le règlement déontologique de la profession présente l'activité de consultation comme un devoir¹²², elle n'est pas automatique dans la mesure où elle prend place dans le cadre d'une

¹¹⁷ Sur les qualités d'une décision pouvant faire l'objet d'un pourvoi, cf. *infra* n°106 et s.

¹¹⁸ La consultation peut également être orale. V. en ce sens le témoignage de l'avocat aux Conseils E. Piwnica, « Les juridictions vues par les avocats: la Cour de cassation », in P. Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002, p. 90: « *quand on reçoit un dossier avec par exemple une décision manifestement insusceptible de pourvoi, on ne fait pas une consultation en bonne et due forme, on répond non il n'y a pas de pourvoi. Au revoir, Monsieur. Merci Monsieur* ».

¹¹⁹ V. J. Boré, « Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation », *D.* 1979, p. 248 : « *En sélectionnant les affaires par la consultation avant pourvoi, l'avocat aux Conseils accomplit donc à la fois son devoir vis-à-vis de la Cour - qui a assez à faire pour ne pas voir à sa barre encombrée de pourvois absurdes - et vis-à-vis de son client- qui est ainsi en mesure d'éviter les frais d'une instance vouée à l'échec* ».

¹²⁰ C. Prud'homme, *Les Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*, Mémoire DEA, Paris I, 1994, p. 19.

¹²¹ J. Merlin, « Les avocats vus par un conseiller à la Cour de cassation », in *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, sous la dir. de P. Gonod, Paris, Dalloz, 2002, p. 73. Ce rôle de filtre est d'ailleurs très régulièrement avancé pour justifier l'existence d'un ordre spécifique, V. en ce sens J. Boré, « La fonction d'avocats auprès des cours suprêmes », *D.* 1989, p. 160 : « *en l'absence d'un barreau spécialisé, l'institution dégénérerait rapidement en un troisième degré de juridiction* » et à l'auteur de préciser: « *ce n'est ni souhaité, ni souhaitable, puisque la Cour régulatrice du droit ne pourrait plus remplir sa mission spécifique* ».

¹²² V. pt 47 du Règlement général de déontologie, séance du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 2 déc. 2010, entrée en vigueur le 1er janv. 2011, consultable sur le site de l'ordre : « *l'avocat aux Conseils doit, dans tous les cas, donner à son mandant ou à son représentant son avis sur les chances de succès du pourvoi qu'il est chargé d'instruire. Cet avis doit être clair* ».

relation contractuelle¹²³. Certes, certains avocats aux Conseils la décrivent encore comme « *systématique (...) même lorsqu'elle n'est pas demandée par le client* »¹²⁴, mais d'autres y voient plutôt un usage professionnel susceptible de se raréfier¹²⁵. Cela dit, elle peut et elle a déjà mené à des actions en responsabilité¹²⁶.

Du point de vue de ses effets, la consultation négative peut décourager le client à agir devant les hautes juridictions. Le rôle de filtre est alors pleinement satisfait et la sélection se présente comme « *la meilleure qui soit, parce qu'elle se fait avec l'accord du justiciable* »¹²⁷. Techniquement, elle se traduit par une absence de pourvoi, ou un désistement volontaire ou une déchéance lorsque le pourvoi a été formé à titre conservatoire. Si l'efficacité des consultations négatives est difficile à appréhender faute de statistiques officielles, tout porte à croire que les avocats aux Conseils assurent pleinement leur mission de sélection. Selon les principaux intéressés, « *dans les matières soumises à la représentation obligatoire, 32 à 34% des pourvois formés sont abandonnés sur consultation négative d'un avocat aux Conseils* »¹²⁸. Ce pourcentage correspond à peu près à celui des pourvois qui se soldent chaque année par un désistement ou une déchéance¹²⁹.

¹²³ V. sur ce point J. Barthélémy, « Le droit au pourvoi », *op. cit.*, p. 201. Il évoque « *un filtrage décentralisé et contractuel* ». La consultation dépend de la volonté du mandant, qui en fait la demande et de la volonté du mandataire qui l'estime nécessaire.

¹²⁴ J. Barthélémy, « Traditions et fonctionnement de l'Ordre », in Pascale Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002, p. 41.

¹²⁵ V. en ce sens J. Boré, « Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation », *D.* 1979, p. 248 : à propos des réformes de la procédure applicable devant la Cour de cassation, l'auteur prévenait que « *toute réduction sensible du délai de dépôt du mémoire ampliatif se traduit fatalement par une réduction de l'activité de consultation* ».

¹²⁶ Les avocats aux Conseils sont soumis à un régime de responsabilité spécifique et moins sévère par rapport à celui auquel sont soumis les avocats à la Cour (Pour les avocats à la Cour, V. not. Civ. 1^{ère}, 23 nov. 2004, n°03-15.090 et n°03-16.565, *Bull. civ.* I, n°281 : Le devoir d'information qui s'impose à l'avocat l'oblige à « *déconseiller l'exercice d'une voie de droit vouée à l'échec ou, à plus forte raison, abusive* » ; pour les avocats aux Conseils, V. Com, 25 avril 2001, n°98-13.456, *Bull. com.*, IV, n°78. En l'espèce, un client reprochait à son mandataire de ne pas avoir respecté son devoir « *de conseil et d'information sur les perspectives de succès du pourvoi* ». Son pourvoi est rejeté, la Cour de cassation reprend à son compte l'avis du Conseil de l'Ordre, lequel estime que le défaut d'information et de conseil « *ne peut engager la responsabilité de M. X...* dès lors que le moyen qu'il avait soutenu n'était pas dépourvu de toute chance de succès » (alors même que le litige s'était soldé devant elle par un arrêt de rejet).

¹²⁷ J. Boré, *La fonction d'avocat auprès des Cours suprêmes*, art. préc., p. 162. Par ailleurs, il serait plus aisé de décourager les clients professionnels que les clients particuliers. V. en ce sens, J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°23.22 : Les premiers « *s'incline[nt] mieux que le client privé, parce qu'ils sont plus conscients de la distinction du fait et du droit et ont moins tendance à prendre la Cour de cassation pour un troisième degré de juridiction* » ; v. égal. J. de Lavergnolle, *Le Statut, le rôle et les méthodes des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*, Mémoire DEA, Paris, 1993 p. 32 : « *Le client institutionnel, professionnel du procès, accepte généralement le diagnostic de l'avocat qu'il connaît bien. En revanche, le client privé est plus enclin à la résistance devant une consultation négative* ».

¹²⁸ J. Boré, « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995, p. 133.

¹²⁹ Chaque année, environ 30% des pourvois se soldent par un désistement ou une déchéance. Par ex., en 2012, ce taux était de 26,54%, v. Cour de cassation, *Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation - La preuve*, La documentation française, 2013, Tableau 1.8, p. 514.

Il se peut également que le client maintienne sa volonté de former un pourvoi en cassation en dépit des découragements de son conseil. Dans ce cas, l'avocat, alors invité par l'Ordre à avertir le client des conséquences risquées de son choix¹³⁰, peut décider d'instruire¹³¹ ou de ne pas instruire le pourvoi qui n'a selon lui aucune chance de prospérer. S'il refuse de prêter son concours au client, sa responsabilité ne peut pas être engagée, mais le caractère prétendument infondé du pourvoi ne constitue jamais un obstacle à la volonté du justiciable d'accéder à la Haute juridiction¹³², celui-ci ayant le droit à un avocat aux Conseils commis d'office¹³³.

La consultation avant-pourvoi peut enfin être positive. Dans ce cas, la volonté du client se confond avec celle de l'avocat qui est désormais habilitée à représenter le justiciable devant les juridictions suprêmes.

13. Le discours représentatif, un discours destiné aux juridictions suprêmes dans l'intérêt du client - Une fois qu'il accepte d'instruire le pourvoi, l'avocat est habilité à représenter son client en justice « *ce qui emporte pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes ordinaires de la procédure* »¹³⁴. Il va alors débiter, si cela n'a pas déjà été fait, par introduire le recours par le biais d'une déclaration au greffe de la haute juridiction compétente. Cette déclaration doit être signée de ses mains, contenir plusieurs indications et être accompagnée de diverses pièces¹³⁵. À la suite de cette déclaration qui est notifiée au

¹³⁰ Il informe le client des conséquences de l'application par le juge des articles 628 (amende et indemnité au profit du défendeur en cas de pourvoi abusif) et 700 du CPC qui seront susceptibles d'aggraver sa condamnation.

¹³¹ C. Choucrocy, « La décision frappée de pourvoi: le regard d'un avocat aux conseils : essai », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 65 : le mandataire peut accepter de former un recours qu'il considère infondé notamment parce qu'il « *assume une fonction essentielle, celle de l'accès à la justice* ».

¹³² Le justiciable jouit d'un droit au pourvoi. Ce droit a été reconnu par la Cour de cassation dès 1812 (V. Civ., 12 mai 1812, cité par J. Boré et L. Boré in *La cassation en matière civile, op. cit.*, n°01.24), érigé en principe général du droit par le Conseil d'État (V. CE, Ass., 17 févr. 1950, Dame Lamotte, Lebon, p. 110), et considéré par le Conseil constitutionnel comme une « une garantie fondamentale dont, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il appartient seulement à la loi de fixer les règles » (Cons. Const. n° 80-113DC du 14 mai 1980, *Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, considérant n°7, Rec. Cons. Const. p. 61). Sur la question du droit au pourvoi, v. M. Cottin, *L'accès à la Cour de cassation. Étude du droit au pourvoi devant les chambres civiles de la Cour de cassation*, Thèse, Saint-Étienne, 1998 ; J. Barthélémy, « Le droit au pourvoi », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 185 et s.

¹³³ Ass. Plén., 30 juin 1995, n°94-20.302, Bull. Ass. Plén., n°4 : cet arrêt pose que l'avocat est libre de refuser de prêter son concours au justiciable s'il estime le pourvoi manifestement infondé mais énonce également que « la défense constitue pour toute personne un droit fondamental à caractère constitutionnel ; que son exercice effectif exige que soit assuré l'accès de chacun, avec l'assistance d'un défenseur, au juge chargé de statuer sur sa prétention », ce qui implique le droit à être défendu par un avocat commis d'office, dans les matières où son ministère est obligatoire : V. sur ce dernier point Civ. 1^{ère}, 16 mai 2012, n°11-18.181, Bull. civ. I, n°109.

¹³⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Mandat (de représentation en justice).

¹³⁵ Les procédures d'introduction et d'instruction d'un recours en cassation devant le Conseil d'État ou devant la Cour de cassation sont similaires. Pour la Cour de cassation : v. art. 974, 975, 976 du CPC ; pour le Conseil d'État : v. art. L. 821-1 et s. et R. 821-1 et s. du CJA, et les précisions apportées par R. Chapus in *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, n°1413 à 1417.

défendeur, la procédure de cassation est rythmée par un échange d'écritures entre les représentants des parties, orchestré par le greffe¹³⁶. L'argumentation du demandeur est développée dans un mémoire ampliatif qui contient « *les moyens sommairement énumérés dans la déclaration de pourvoi* »¹³⁷, et celle du défendeur est présentée dans un mémoire en défense. Ces écritures, qui doivent être produites dans des délais impérativement fixés, s'articulent généralement autour de deux parties, un rappel des faits et une discussion.

Elles ne sont toutefois pas soumises aux mêmes exigences. C'est incontestablement le mémoire élaboré par l'avocat du demandeur qui est au centre de l'attention des juridictions suprêmes et plus particulièrement encore, les moyens développés à l'appui du pourvoi, dans la partie consacrée à la discussion. D'ailleurs, il ne saurait y avoir de pourvoi recevable sans l'énonciation d'un moyen de cassation¹³⁸. À l'inverse, « *le défendeur n'a pas à mettre en forme un moyen de défense répondant au moyen de cassation sous une forme résumée. Il lui suffit d'exposer clairement les raisons qui militent en faveur du rejet du pourvoi et du maintien de l'arrêt attaqué* »¹³⁹.

Il convient enfin de préciser que ces discours de représentation sont essentiellement écrits, les avocats aux Conseils « *plaident par mémoire, l'écrit permettant mieux d'exprimer des idées et des références textuelles que des sentiments. Leurs observations orales sont relativement rares* »¹⁴⁰. La plaidoirie, qui est parfois pratiquée devant les formations solennelles des hautes juridictions, est facultative, le mandataire n'étant pas obligé de se présenter à l'audience¹⁴¹.

II. Le champ de l'étude

14. Une circonscription nécessaire de l'étude - Ces premiers éléments de définition du discours de l'avocat aux Conseils attestent que notre objet d'étude est protéiforme. Ce discours peut être oral ou écrit, destiné au client ou aux juridictions, poursuivre une fonction consultative ou représentative. Aussi, et l'intitulé de notre étude en témoigne, avons-

¹³⁶ V. Art. 978 al. 1^{er} du CPC.

¹³⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Mémoire ampliatif.

¹³⁸ V. Civ., 2^{ème}, 16 juil. 1993, n°93-60.091, *Bull. civ.* II, n°258.

¹³⁹ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°728, p. 109, v. égal. M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 8^e éd., 2013, p. 11 : « *La pratique du moyen de défense s'était instaurée il y a quelques années mais a vite été abandonnée* ».

¹⁴⁰ V. sur ce point L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, *Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, rubrique rédigée par J. Boré, p. 114.

¹⁴¹ Ass. plén., 27 oct. 1972, n°71-10.791, *Bull. Ass. plén.*, n°4 : « la procédure devant la Cour de cassation étant une procédure écrite, les avocats n'ont pas l'obligation de se présenter aux audiences ».

nous décidé de circonscrire la recherche au discours de l'avocat présenté à la Cour de cassation dans le cadre d'un mandat de représentation. Plus précisément encore, ce sont les moyens de cassation qui occuperont la majeure partie de notre attention. Cette délimitation, qui nous prive de certains aspects de l'objet étudié, doit être justifiée.

15. Limitation de l'étude au discours de représentation - Lorsque l'avocat aux Conseils évalue les chances de succès du pourvoi en cassation, il assure incontestablement une mission d'importance puisqu'il opère une première sélection des questions juridiques qui méritent ou non l'attention des plus hautes juridictions françaises. Cette fonction consultative ne sera toutefois pas étudiée. Cette exclusion se justifie d'abord par le fait que même négative, la consultation avant-pourvoi n'est pas décisive. Comme nous l'avons déjà signalé, le justiciable peut toujours la surmonter car il jouit d'un droit au pourvoi, reconnu et protégé par la Cour de cassation, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel¹⁴². Elle s'explique également par la grande difficulté qu'il y aurait à mesurer l'ampleur du phénomène et en particulier son influence sur l'interlocuteur judiciaire. Destiné au client, le discours à visée consultative n'est pas systématique, se trouve protégé par le secret professionnel¹⁴³ et n'agit pas immédiatement sur l'œuvre jurisprudentielle. Lorsque cette consultation est négative, au mieux il a pour effet de soustraire à la compétence de la juridiction un pourvoi qui n'a, si l'on en croit les connaissances de ce professionnel aguerri, que peu de chances de l'intéresser¹⁴⁴. Dans tous les autres cas, cette consultation sera positive et, par l'effet du mandat de représentation, l'avocat s'adressera directement aux juridictions. Plus facilement accessibles à la connaissance, les discours mandatés et destinés aux juridictions agissent par ailleurs de façon plus directe et plus immédiate sur l'office du juge de cassation.

16. Limitation de l'étude au discours présenté aux juridictions suprêmes - Si l'avocat peut intervenir devant les juridictions du fond, on restera concentré sur sa fonction devant les juridictions suprêmes. Au-delà du fait que l'intervention de ce professionnel devant les juridictions inférieures est exceptionnelle¹⁴⁵, il apparaît plus intéressant de se focaliser sur

¹⁴² Cf. *supra* n°12, spéc. note de bas de page n°132.

¹⁴³ Point 14 du Règlement déontologique de la profession, précité : « *En particulier, et quel qu'en soit le support, les consultations délivrées par un avocat aux Conseils à son client (...) sont couvertes par le secret professionnel* ».

¹⁴⁴ V. sur ce point L. Boré, « La spécificité de la technique de cassation », *La semaine juridique*, éd. G., 22 juin 2009, n°26, p. 58. L'auteur précise dans cet entretien que « *la question du fait et du droit est en effet mouvante, et souvent difficile à mettre en œuvre. Lui seul [l'avocat aux Conseils] pourra dire, avec une relative certitude, si le pourvoi a de réelles chances de succès, en tenant compte des dernières évolutions jurisprudentielles* ».

¹⁴⁵ Cf. *supra* n°10.

les discours de l'avocat destinés aux juridictions suprêmes puisque du fait de leur autorité, ce sont elles qui déterminent et unifient la jurisprudence en interprétant les lois invoquées par les justiciables. Concernant l'ordre judiciaire par exemple, c'est en effet la Cour de cassation, institution unique et nationale¹⁴⁶, qui est chargée « *de veiller au respect de la loi en cassant les décisions en dernier ressort qui la violent et de faire régner l'unité d'interprétation du droit* »¹⁴⁷. Au sommet de l'organisation juridictionnelle, elle exerce un contrôle de légalité qui s'impose aux juridictions inférieures. Contrairement à ces dernières, la Haute juridiction ne s'intéresse pas aux questions de fait¹⁴⁸, « *il lui revient de dire le droit, d'interpréter elle-même la loi, de lever ses ambiguïtés (...) et d'éclairer les juridictions du fond par des décisions normatives* »¹⁴⁹. La cassation n'est donc pas une voie de réformation, mais une voie d'annulation des décisions rendues en dernier ressort pour des motifs de droit. L'autorité de la Cour de cassation, et l'analyse se vérifie également pour le Conseil d'État, plus haute juridiction de l'ordre administratif, confère un relief particulier à notre projet. Si l'on veut en effet mesurer l'action du discours de l'avocat sur l'œuvre jurisprudentielle, il convient de se focaliser sur la fonction du professionnel devant la juridiction suprême, puisque c'est elle qui maintient « *par l'interprétation qu'elle donne des textes dans les affaires qui lui sont déferées, l'unité de la jurisprudence* »¹⁵⁰.

17. Limitation de l'étude au discours présenté aux Chambres civiles de la Cour de cassation - Si l'avocat peut intervenir devant le Conseil d'État, les Chambres civiles ou la Chambre criminelle de la Cour de cassation, on se limitera à étudier son intervention en matière civile. Les procédures administratives, pénales et civiles sont en effet trop éloignées pour être étudiées collectivement. Elles sont d'ailleurs présentées dans des codes spéciaux (Code de justice administrative, Code de procédure pénale, Code de procédure civile) et font l'objet d'enseignements distincts¹⁵¹. Il faut dire qu'elles poursuivent des objectifs différents. D'une manière générale, la procédure administrative s'applique aux litiges dans lesquels

¹⁴⁶ Art. L. 411-1 du COJ : « *Il y a pour toute la république une Cour de cassation* ».

¹⁴⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., *Cour de cassation.

¹⁴⁸ Art. L. 411-2 du COJ : « *La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire* ». V. sur ce point, J.-L. Aubert, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115 et s.

¹⁴⁹ L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, *Cour de cassation, p. 261, rubrique rédigée par J. Buffet.

¹⁵⁰ E. Faye, *La Cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, réimp. de l'éd. de 1903, Paris, la Mémoire du droit, 1999, p. 11.

¹⁵¹ Les ouvrages d'introduction au droit ne traitent de ces procédures qu'en les distinguant. V. par ex. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°177 et s.; Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 5^e éd., Paris, Defrénois, 2014, n°158 et s.

l'Administration est en cause, la procédure civile concerne les conflits d'intérêts entre particuliers et la procédure pénale est applicable devant les juridictions chargées « *de protéger la paix publique en sanctionnant par des peines les activités répréhensibles* »¹⁵². Le caractère écrit ou oral, secret ou public, accusatoire et inquisitoire de la procédure varie selon la matière envisagée. Ainsi, réaliser une étude dont les résultats seraient valables pour ces trois types de procédure est une entreprise qui paraît trop périlleuse. Les impératifs de précision et de maîtrise du sujet commandent de centrer l'analyse sur le discours de l'avocat aux Conseils en matière civile, d'autant que la procédure applicable est dominée par des principes qui laissent un espace de liberté considérable aux parties et aux avocats qui les représentent¹⁵³.

18. Limitation de l'étude aux moyens de cassation - Le discours de l'avocat devant la Cour de cassation ne se réduit pas aux moyens développés à l'appui du pourvoi dans le mémoire ampliatif. D'une part, les avocats aux Conseils peuvent en effet s'adresser oralement aux juridictions¹⁵⁴. On ne saurait toutefois regretter d'exclure la plaidoirie de notre recherche car l'exercice, extrêmement rare et difficile à étudier, n'engage pas le client¹⁵⁵. D'autre part, le défendeur produit lui aussi un discours devant la Cour de cassation auquel nous ne prêterons qu'une attention discrète. À l'exception de quelques développements incidents, on restera concentré sur les moyens de cassation.

Ce choix trouve une première justification dans la spécificité du procès en cassation. Contrairement aux juges du fond qui ne se prononcent qu'à partir des conclusions récapitulatives produites par les deux parties, « *en cassation, au contraire, tout se joue, ou presque dès le dépôt du mémoire ampliatif* »¹⁵⁶. Les écritures du défendeur n'ont qu'une importance secondaire. C'est le moyen de cassation qui alimente et anime le débat juridique. Généralement présenté comme une raison de droit qui justifie la cassation de la décision déférée¹⁵⁷, le moyen contient une interprétation législative concurrente de l'interprétation retenue par les juges du fond et c'est en cela qu'il se présente comme beaucoup plus

¹⁵² V. H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003, n°705, p. 252.

¹⁵³ V. not. sur ce point : S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2013, n°60, p. 83. Les auteurs expliquent que par son caractère accusatoire, son principe dispositif et son principe du contradictoire, la procédure civile est une procédure ouverte au dialogue, et notamment « *au dialogue entre le juge et les parties* ».

¹⁵⁴ Le discours de l'avocat aux Conseils, comme tout discours peut être écrit ou oral. V. G. Cornu, *Linguistique juridique*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2005, p. 28, v. et pp. 208-209. En s'appuyant sur les travaux de la linguistique, l'auteur rappelle qu'il existe deux canaux de communication, le canal écrit et le canal oral.

¹⁵⁵ La plaidoirie est parfois assimilée à la fonction d'assistance dans la mesure où elle n'engage pas, à l'image de la consultation, le client représenté : V. par ex. CA Paris, 19 janv. 1953, *Gaz. Pal.*, Rec. jurisp. 1953, p. 99 (à propos d'aveux ou de reconnaissances faites par l'avocat).

¹⁵⁶ J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°92.142.

¹⁵⁷ V. par ex. : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., *Moyen de cassation.

remarquable que l'argumentation du défendeur. Comme le précise le Conseiller honoraire à la Cour de cassation Yves Chartier, « *ou bien en effet la Cour de cassation rend un arrêt de rejet, et seuls comptent les motifs de ce rejet ; ou bien l'arrêt est de cassation, et là encore, il est sans grand intérêt de connaître une argumentation qui, par hypothèse a été écartée* »¹⁵⁸. Le procès en cassation oppose le demandeur au pourvoi à la décision critiquée par le recours comme en témoigne le contenu des décisions de la Cour de cassation. En cas de rejet, la Cour reproduit les moyens au cœur de son arrêt pour les écarter tandis que dans ses arrêts de cassation, elle vise les moyens sur lesquels elle se fonde. Voilà qui nous permet d'aboutir à la seconde justification de notre champ d'étude.

Le choix d'étudier exclusivement les moyens se trouve en effet conforté par des considérations méthodologiques. Ainsi qu'on le précisait, le discours de l'avocat n'est pas toujours aisément accessible car il peut être oral ou difficile à isoler dans la décision de justice¹⁵⁹. Une telle difficulté ne se rencontre pas devant la Cour de cassation puisqu'elle se réfère aux moyens de cassation dans ses décisions. Par ailleurs, elle assure la publicité des moyens de cassation, et ce quel que soit le dispositif adopté, en les annexant à ses arrêts. Cette publicité, qui s'est développée jusqu'à devenir systématique depuis quelques années¹⁶⁰, permet de faire sortir de l'ombre un matériau d'étude inexploité par les universitaires, alors même qu'il constitue, selon les praticiens, un outil indispensable à la compréhension du « *sens et de la portée des arrêts de la Cour de cassation* »¹⁶¹.

19. L'intérêt de l'étude des moyens de cassation - Le moyen, qui se présente souvent comme « *un arrêt rédigé à l'envers* »¹⁶², commence avec la retranscription de la partie critiquée de la décision des juges du fond et se poursuit avec l'énoncé de la critique qui justifie la cassation. Or, dans la mesure où « *la Cour de cassation ne statue jamais que sur les*

¹⁵⁸ Y. Chartier, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 276.

¹⁵⁹ Cf. *supra* n°3.

¹⁶⁰ V. sur ce point, J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Cycle droit et technique de cassation, BICC*, n°702, 2009, p. 1 : « *les moyens des pourvois auxquels répondent les arrêts, qui n'étaient publiés que dans les arrêts de rejet car ils font alors partie intégrante de l'arrêt, sont, depuis décembre 2008, accessibles sur jurinet lorsqu'ils sont annexés à la décision. A travers le développement des sites intranet et internet de la Cour de cassation, de très nombreux documents relatifs aux arrêts rendus sont désormais accessibles en ligne* », v. en ce sens l'accès facilité aux moyens depuis quelques années sur le site *Légifrance* et *Lamyline*.

¹⁶¹ V. M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013, et spéc. l'avant-propos de A. Ponsard, p. VII.

¹⁶² Selon la formule du Président Labbé, citée in Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°563, p. 87.

questions qui lui sont soumises par le pourvoi »¹⁶³, l'étude des moyens de cassation apparaît doublement essentielle.

Elle est d'abord incontournable pour comprendre la portée individuelle d'une décision de la Cour de cassation. C'est à cette conclusion que Jacques Ghestin est parvenue. L'auteur reproche en effet à certains commentateurs d'arrêts de ne pas prêter une attention suffisante aux moyens de cassation lorsqu'ils analysent une décision de la Cour de cassation. Il souligne à ce titre que « beaucoup d'auteurs, et non des moindres, [...], ne semblent pas toujours suffisamment familiers avec le droit et la pratique de la cassation en matière civile, qui est le complément nécessaire du Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation, sans l'étude desquels la lecture et la compréhension de ceux-ci relèvent effectivement de la devinette »¹⁶⁴.

Une telle étude permet également de mesurer l'action du discours de l'avocat sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de cassation. L'accès aux moyens de cassation est en effet une occasion unique d'aller au-delà des évidences. Si, comme on l'a déjà signalé, la doctrine reconnaît unanimement le rôle de l'activité interprétative de l'avocat dans le processus juridictionnel¹⁶⁵, ou plus précisément encore « la contribution des avocats aux Conseils à l'œuvre d'interprétation des juges du cassation »¹⁶⁶, cette contribution n'a encore jamais fait l'objet d'une analyse approfondie. C'est l'ambition de cette étude.

20. Une étude située dans le champ de la théorie du droit - L'étude entreprise relève de la théorie du droit. On entend par théorie du droit, une discipline qui s'est développée, « à la fin du XIXe siècle, sous l'influence du positivisme et de l'empirisme en réaction contre la philosophie du droit classique »¹⁶⁷, c'est-à-dire une discipline qui s'oppose à toute conception jusnaturaliste du droit¹⁶⁸. Notre démarche est en effet résolument positiviste car seul sera ici étudié le discours de l'avocat, tel qu'il existe dans les moyens de cassation et son

¹⁶³ J. Boré, L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°01.22.

¹⁶⁴ J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, pp. 2239-2248, spéc. p. 2239.

¹⁶⁵ Cf. *supra* n°2.

¹⁶⁶ J.- L. Souriaux, « Rapport français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Tome XXXIV, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées suisses de Lausanne, Economica, 1985, p. 101.

¹⁶⁷ M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 10.

¹⁶⁸ Par opposition à la philosophie du droit. Si la théorie du droit et la philosophie du droit sont parfois confondues, nous souhaitons dans cette étude clairement dissocier les deux disciplines et reconnaître, comme beaucoup d'auteurs le font, à la théorie du droit une réelle autonomie. Sur la distinction entre philosophie du droit et théorie du droit, v. par ex. : A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, n°2, pp. 7 à 12 ; X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 14-15, n°16.

lien avec le droit posé par les hommes¹⁶⁹. Autrement dit, parce que l'appel au droit naturel nous semble en réalité trahir l'expression des préférences subjectives de ceux qui s'autorisent à le désigner, nous ne croyons pas en son existence objective¹⁷⁰.

En conséquence, notre recherche est empirique et non idéaliste, car contrairement à l'ambition jusnaturaliste, nous ne sommes pas « *en quête d'une vérité juridique qui s'imposerait à toutes les formes positives* »¹⁷¹ du droit, nous recherchons simplement, comme tous les positivistes, la « *réalité du phénomène juridique qui gît derrière la diversité des contenus moraux que celui-ci reflète* »¹⁷². Avant d'expliquer pourquoi l'étude du discours de l'avocat aux Conseils nous semble constitutive de l'étude du phénomène juridique, il faut dire quelques mots sur la réception de la théorie du droit, en tant que discipline, au sein de la communauté universitaire française.

21. La réception de la théorie du droit par la doctrine de droit privé - Parmi les universitaires privatistes, et en dehors de quelques initiés qui lui consacrent des réflexions d'ensemble¹⁷³, la théorie du droit souffre d'une audience très faible. Elle est généralement abordée dans les ouvrages d'introduction au droit où l'on retrouve quelques paragraphes qui évoquent la *Théorie pure du droit* de Kelsen, encore que la pensée normativiste soit surtout devenue un outil pédagogique pour se représenter le droit sous une forme pyramidale. Quant à la *théorie réaliste de l'interprétation* proposée par Michel Troper, elle n'est que très

¹⁶⁹ Nous ne croyons pas en l'existence d'un droit naturel, au sens classique ou moderne du terme, que l'on pourrait invoquer pour dire que le droit positif, c'est-à-dire le droit posé par les hommes est juste ou injuste. Cela dit, comme l'indique Xavier Magnon (à propos des questions « *qu'est-ce que le droit ?* » et « *comment doit être le discours sur le droit* »), « *face à ces questions essentielles et structurantes de la réflexion et de la pensée juridique, il paraît vain de clore le débat* », même s'il est requis de se positionner ouvertement car « *tout discours sur le droit est déterminé par les réponses que sont apportées à ces deux questions* », X. Magnon, *op. cit.*, Paris, Ellipses, 2008, p. 5.

¹⁷⁰ V. Sur ce point H. Kelsen, *Qu'est-ce que la justice ?*, trad. P. Le More, J. Plourde (éd. originale parue en 1953), Genève, Suisse, M. Haller, 2012. L'auteur explique que les valeurs sont toujours relatives, et que la question des valeurs implique toujours un conflit de valeurs, v. spéc. p. 91-92 : « *Si nous pouvons apprendre quelque chose de l'expérience intellectuelle du passé, c'est bien que la raison humaine ne peut se saisir que de valeurs relatives, ce qui veut dire que le jugement à l'aide duquel quelque chose est expliqué comme juste ne peut jamais prétendre exclure la possibilité d'un jugement de valeur opposé* ».

¹⁷¹ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 9.

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ On pense notamment aux travaux de C. Atias (v. par ex. son ouvrage *Philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012) et plus généralement à l'école aixoise qui, la chose est assez rare pour la signaler, dispose d'un laboratoire de théorie du droit composé d'une équipe de privatistes auxquels sont également associés des publicistes.

exceptionnellement abordée dans les manuels de droit privé alors même qu'elle invite à penser le droit d'une façon très différente de la manière de Kelsen¹⁷⁴.

Actuellement en France, le recours à la théorie du droit dans la compréhension du phénomène juridique demeure alors l'apanage de la doctrine publiciste, et plus particulièrement encore de la doctrine constitutionnaliste où la théorie réaliste de l'interprétation jouit d'une très forte audience. Peut-être qu'au regard de son mode d'apparition, le droit public était, plus que le droit privé, en quête d'une justification théorique, sa nature éminemment jurisprudentielle ne pouvant trouver dans la loi une source d'explication et de légitimation¹⁷⁵. Pourtant, comme on l'a signalé au début de cette introduction, plus personne ne conteste désormais la place occupée par la jurisprudence en droit privé, et ce n'est pas le projet de réforme du Code civil qui en modifiera la perception¹⁷⁶. Bien que la réforme reprenne très largement la jurisprudence antérieure, attestant au passage l'importance du phénomène, les articles qu'elle contient seront sujets à l'interprétation des Cours souveraines et il se construira inévitablement une nouvelle jurisprudence dont il faudra encore expliquer la nature. Dans cette perspective, les questions qui occupent les théoriciens du droit garderont toute leur vitalité.

La théorie du droit ne doit pas rester le monopole de quelques spécialistes de formation publiciste parce qu'elle transcende, par définition, la distinction entre droit privé et droit public et parce que les privatistes ont autant à apporter à la matière que la matière aux privatistes. C'est ce qu'on s'efforcera de montrer à travers cette étude.

III. La problématique de l'étude

22. Le discours de l'avocat aux Conseils, le normativisme kelsénien et le réalisme tropérien - La théorie du droit, en tant que discipline qui réunit seulement les théories positivistes du droit, connaît deux grandes écoles de pensée, le normativisme et le réalisme.

¹⁷⁴ Une étude menée à partir de vingt manuels d'introduction au droit (dans lesquels ont été recherchés des références au réalisme et à Michel Troper) permet de constater que la théorie réaliste n'est abordée que dans trois ouvrages : V. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°150, n°249 et 272 ; P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n°81-82 ; P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014, n°237 *in fine*.

¹⁷⁵ V. par ex. : M. Long, P. Weil, G. Braibant [et al.], *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2015. Cet ouvrage, qui répertorie et étudie toutes les grandes décisions qui ont marqué le droit public, montre que cette matière se construit et se développe sous l'impulsion des décisions principielles et successives du Conseil d'État.

¹⁷⁶ L'avant-projet de réforme du livre troisième du Code civil, qui sera adopté par voie d'ordonnance est accessible sur le site du ministère de la Justice : [<http://www.justice.gouv.fr>].

Malgré leurs oppositions ontologiques¹⁷⁷, les deux principaux courants positivistes qui nous occuperont dans cette étude, le *normativisme* tel qu'il est défini par Kelsen¹⁷⁸, et le *réalisme* tel qu'il est défini par Michel Troper¹⁷⁹, portent un regard similaire sur le discours de l'avocat. Selon ces deux théories, le discours de l'avocat n'est ni normatif, ni scientifique. Il n'est pas normatif car ce discours n'est pas directement à l'origine de normes, mais tend simplement à influencer l'auteur de la norme. Il n'est pas scientifique car à l'image de certains discours doctrinaux, il ne décrit pas le droit tel qu'il est, mais prescrit le droit tel qu'il devrait être. Le discours de l'avocat est donc rangé, au côté du discours doctrinal, dans une catégorie qui n'est mobilisée que pour marquer sa différence avec d'autres catégories de discours. C'est donc à chaque fois pour montrer que le discours de l'avocat n'a rien à avoir avec le discours normatif ou le discours scientifique, que quelques lignes lui sont consacrées. Ce traitement par défaut est insuffisant pour deux raisons.

D'une part, et le reproche vaut pour les deux mouvements, il ne rend pas compte de la spécificité du discours de l'avocat aux Conseils par rapport à d'autres discours également prescriptifs, et notamment par rapport au discours doctrinal, alors même qu'il présente une réelle singularité.

D'autre part, et le reproche concerne plus particulièrement la théorie réaliste de l'interprétation, ce n'est pas parce que le discours de l'avocat n'est pas scientifique ou qu'il n'est pas à l'origine d'une norme qu'il n'est pas digne d'intérêt scientifique. En d'autres termes, rien ne s'oppose à ce qu'il existe à côté d'une science du droit, une science de la dogmatique et plus précisément encore une science du discours de l'avocat dès lors que cette science permet d'expliquer le phénomène juridique.

23. Le discours de l'avocat aux Conseils, la théorie réaliste de l'interprétation et la théorie des contraintes juridiques - La théorie développée par Michel Troper retient que le droit réside dans l'interprétation des énoncés textuels¹⁸⁰ par les interprètes authentiques, c'est-à-dire pour ce qui nous intéresse, par la Cour de cassation. L'auteur démontre également que l'interprétation consiste non à appliquer le sens d'un énoncé qui serait déjà présent dans

¹⁷⁷ Dans le premier chapitre, nous reviendrons très largement sur la définition du droit retenue par chacun de ces courants.

¹⁷⁸ L'étude portera sur la deuxième édition de l'ouvrage majeur de l'auteur : H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Trad. par C. Eisenmann, (éd. originale parue en 1960), Paris, Dalloz, 1962.

¹⁷⁹ On entend par réalisme la théorie réaliste de l'interprétation formulée par M. Troper. V. not. : « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers réalistes du droit*, Dir. O. Jouanjan PUF Strasbourg, 2000, pp. 51-68.

¹⁸⁰ On entend par énoncé textuel, les énoncés à prétention normative, à savoir les énoncés constitutionnels, législatifs, réglementaires. Ceux qui nous occuperont principalement dans cette étude sont les lois puisque c'est ce type d'énoncé que la Cour de cassation est généralement amenée à interpréter.

le texte, mais à choisir et à attribuer un sens à l'énoncé en fonction de préférences subjectives. De ce point de vue, la norme n'existe qu'une fois que la Cour de cassation a librement interprété les énoncés législatifs qui lui sont soumis. Autrement dit, la Haute juridiction n'est jamais *obligée* d'appliquer un sens qui préexisterait à son activité d'interprétation mais se trouve en réalité *libre* d'attribuer au texte la signification de son choix¹⁸¹.

Cela dit, ce n'est pas parce que la Cour de cassation agit selon sa volonté qu'elle use de cette liberté d'interprétation de manière inconsidérée. La *Théorie des contraintes juridiques*¹⁸², théorie corrélative à la *Théorie réaliste de l'interprétation*, entend justement identifier, non les obligations qui seraient comprises dans le texte, mais les contraintes qui seraient produites par le système juridique et qui conduiraient le juge, considéré comme un acteur rationnel¹⁸³, à se montrer cohérent. Ainsi, contrairement à ce que défendait Kelsen, il existe une place, à côté de la science du droit qui vise à décrire les interprétations de la Cour de cassation, pour une recherche, également scientifique, des contraintes qui pèsent sur la liberté de la juridiction. Bien que les promoteurs de la théorie des contraintes juridiques soient déjà parvenus à identifier un certain nombre de contraintes qui pèsent sur la liberté de la Cour de cassation, aucun d'entre eux ne s'est encore demandé si le discours de l'avocat aux Conseils, tel qu'il s'exprime dans le pourvoi, ne pouvait pas être considéré comme une contrainte susceptible de limiter la liberté de la Haute juridiction, c'est-à-dire comme un élément expliquant la cohérence jurisprudentielle. C'est cette question, vide de toute étude à ce jour, qui animera notre réflexion.

De ce point de vue, notre thèse, qui doit s'entendre comme une contribution à la *théorie réaliste de l'interprétation*¹⁸⁴ et à son complément, la *théorie des contraintes juridiques*¹⁸⁵, propose une explication de la cohérence jurisprudentielle. Si la Cour de cassation, alors même qu'elle est libre d'interpréter les énoncés législatifs comme elle le souhaite, est généralement cohérente par rapport à sa jurisprudence antérieure, c'est parce qu'un ensemble de contraintes

¹⁸¹ Si nous reviendrons très largement sur cette théorie qui est au cœur de notre réflexion, il faut dès maintenant préciser que le fait que les magistrats de la Cour de cassation aient ou non conscience de leur liberté d'interprétation importe peu pour le théoricien réaliste. V. sur ce point A. Viala, *Philosophie du droit*, op. cit., p. 119, n°61 : « « derrière ce que disent officiellement les juges lorsqu'ils prétendent se contenter d'appliquer des règles préexistantes, le juriste réaliste pense apercevoir ce qu'ils font réellement et découvre alors qu'ils créent le droit » ».

¹⁸² M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005.

¹⁸³ Cet acteur rationnel est présenté dans la *Théorie des contraintes juridiques* comme un *homo juridicus*, cf. *infra* n°85 et n°268.

¹⁸⁴ Ci-après, la *Théorie réaliste de l'interprétation* sera également dénommée *TRI*.

¹⁸⁵ Ci-après, la *Théorie des contraintes juridiques* sera également dénommée *TCJ*.

spécifiquement juridiques, créées et relayées par le discours de l'avocat aux Conseils, la conduit à se montrer cohérente.

Ainsi, à partir d'une ontologie du droit réaliste (le droit réside dans les interprétations de la Cour de cassation), on soutient d'un point de vue épistémologique qu'il peut exister, à côté de la science du droit, une science des discours dogmatiques, dont l'objet consiste à décrire les discours dogmatiques et plus particulièrement le discours de l'avocat aux Conseils, dans la mesure où il produit systématiquement des contraintes juridiques qui restreignent la liberté de l'interprète authentique.

24. La classification de Bobbio relative aux niveaux de discours, appliquée à notre recherche - Pour exprimer d'une autre manière le sens de notre démarche, on peut la présenter sous la forme d'un tableau qui s'inspire, en l'enrichissant, de la classification des niveaux de discours proposée par Bobbio. Si l'auteur l'a en effet imaginée pour décrire les niveaux de langage présents dans la pensée kelsénienne, ses vertus pédagogiques nous autorisent en effet à l'utiliser pour clarifier notre posture. Le théoricien italien identifie trois niveaux de discours dans la *Théorie pure du droit* de Kelsen : le droit (langage du premier niveau, prescriptif), la *science du droit* (langage du second niveau, descriptif) et l'épistémologie du droit (langage du troisième niveau, prescriptif)¹⁸⁶.

À partir d'une conception réaliste du droit et au regard de l'intérêt scientifique que nous reconnaissons à l'étude du discours de l'avocat dans l'explication du processus qui aboutit à la création normative, nous nous proposons d'insérer deux niveaux supplémentaires à la construction de Bobbio, comme en témoigne le tableau suivant.

¹⁸⁶ V. N. Bobbio, *Essais de théorie du droit : (recueil de textes)*, Louvain Paris, Bruylant, L.G.D.J, 1998, p. 185 et s.

25. Tableau présentant les différents niveaux de discours selon notre conception du droit et de la science.

NIVEAU 5	Les discours épistémologiques <i>Les discours qui posent les conditions de production des discours de niveau 4.</i> <ul style="list-style-type: none"> ➤ À celui qui veut faire œuvre de science, il est prescrit de décrire (positionnement positiviste). - Pour décrire le droit, il faut décrire uniquement les discours du niveau 3 (positionnement de la TRI). - Pour décrire le processus qui aboutit à la création du droit (aux discours de niveau 3), on peut décrire les discours de niveau 2 (notre position). ➤ Il faut admettre qu'au niveau 4, il existe irréductiblement, à côté des discours scientifiques, des discours dogmatiques ayant pour objet les discours de niveaux inférieurs. 	
NIVEAU 4	Les discours scientifiques - décrivant les discours de niveau 3 : science du droit. - décrivant les discours de niveau 2** : science de la dogmatique.	Les discours dogmatiques Les discours par lesquels la doctrine ne décrit pas les interprétations de la Cour de cassation, mais prescrit ce qu'elles devraient être.
NIVEAU 3 <i>LES NORMES</i>	Les discours des Cours souveraines <i>Les interprétations authentiques de la Cour de cassation.</i>	
NIVEAU 2	Les discours dogmatiques antérieurs aux interprétations authentiques <i>Les interprétations ayant pour objet les discours législatifs mais qui ne créent pas du droit au sens de l'ontologie réaliste (notamment les discours doctrinaux, les discours des avocats*, les discours des juges du fond)</i>	
NIVEAU 1	Les discours législatifs <i>Les énoncés textuels à prétention normative (Constitution, lois, règlements etc.)</i>	

* Le discours de l'avocat aux Conseils, c'est-à-dire le discours étudié dans cette étude, se situe au niveau 2.

** Notre discours se situe au niveau 4, il est un discours décrivant les discours de niveau 2.

26. Plan de l'étude - À la lumière du tableau qui précède, l'étude de la nature du discours de l'avocat aux Conseils apparaît comme une étape essentielle pour dégager sa singularité par rapport à des discours voisins. Il n'est effectivement pas concevable d'appréhender les rapports entre le discours étudié et l'activité d'interprétation de la Cour de cassation sans avoir au préalable démontrer pourquoi ce discours, à la seule vue de ses propriétés ontologiques, est à même d'exercer une action spécifique sur son destinataire. Autrement dit, et conformément au tableau ci-dessus, on se concentrera exclusivement sur les discours dogmatiques de niveau 2 pour en proposer une classification. Ainsi, le discours de l'avocat aux Conseils sera d'abord envisagé en tant que tel, du point de vue de sa *nature*, pour montrer qu'il relève d'une activité dogmatique spécifique (**Première partie**).

À l'issue de ce premier travail, il ne sera plus possible de confondre le discours de l'avocat aux Conseils avec les autres discours dogmatiques, dans la mesure où il aura été prouvé qu'il est immédiatement et systématiquement adressé à la Cour de cassation. Cette position privilégiée nous autorisera alors à en analyser les effets sur l'œuvre décisionnelle de la Haute juridiction, laquelle est, selon notre conception, l'auteur exclusif des normes au sein de l'ordre judiciaire. À cette fin, une étude approfondie du contenu des moyens de cassation révélera que le discours étudié n'est pas simplement une source d'influence pour l'interprète authentique. Il produit et relaie également des contraintes juridiques qui viennent limiter la liberté décisionnelle de son destinataire. Conformément au tableau reproduit ci-dessus, le discours de l'avocat aux Conseils, appartenant au niveau 2, sera en conséquence étudié à l'aune de sa *portée contraignante* sur les décisions de la Cour de cassation, c'est-à-dire sur les discours de niveau 3 (**Deuxième partie**).

**PREMIÈRE PARTIE : LA NATURE DOGMATIQUE
DU DISCOURS**

27. La nature du discours de l'avocat et la théorie du droit - Si de nombreux travaux universitaires ont été consacrés à la technicité du discours de l'avocat aux Conseils¹⁸⁷, il n'existe pas encore de réflexion d'ensemble permettant d'en dévoiler la nature théorique. Certes, le discours de l'avocat a été appréhendé par les théories positivistes du droit, mais les qualifications dont il a fait l'objet se comprennent surtout par leur mise en perspective avec le discours judiciaire, lequel a occupé et continue de monopoliser l'attention des théoriciens.

Les principaux mouvements positivistes, à savoir le normativisme promu par Kelsen, et le réalisme tel qu'il est représenté en France par Michel Troper, décrivent le discours de l'avocat comme un discours de « *politique juridique* »¹⁸⁸ ou comme un discours de « *dogmatique juridique* »¹⁸⁹, deux qualifications qui renvoient à une seule et même idée selon laquelle ce discours n'est ni scientifique, ni normatif. Il n'est pas scientifique dans la mesure où son auteur n'attribue pas à la loi applicable au litige une signification qu'un acte de connaissance permet de révéler, mais prescrit au contraire une signification conforme à l'intérêt de son client. Il n'est pas non plus normatif dans la mesure où son auteur n'a pas le pouvoir de créer des normes, mais seulement le pouvoir d'influencer son interlocuteur, à savoir la Cour de cassation, pour qu'elle opte pour la norme qu'il recommande. Ainsi, c'est par son opposition à la science du droit et au droit que le discours de l'avocat est systématiquement appréhendé par ces deux courants de pensée. Pourtant, il existe des raisons légitimes de croire que ce discours mérite mieux qu'une qualification par défaut.

D'une part, même si c'est à juste titre que ces théories retiennent que ce discours ne procède pas de la connaissance mais de la volonté de son auteur, leurs conclusions ne reposent pas toutes sur une opération de qualification convaincante. La recherche de la nature prescriptive ou descriptive du discours de l'avocat sera donc une occasion d'interroger, sur la base de réflexions inédites, la pertinence de la *Théorie pure du droit* et de la *Théorie réaliste de l'interprétation*, et d'expliquer pourquoi notre préférence se porte sur la seconde théorie.

D'autre part, ce n'est pas parce que le discours de l'avocat ne crée pas du droit qu'il doit nécessairement demeurer dans une catégorie promise à l'indifférence. Il est en effet, y compris dans la *théorie réaliste de l'interprétation*, classé parmi les discours dogmatiques, et

¹⁸⁷ V. not. J. Boré, L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015 ; M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

¹⁸⁸ Ce qualificatif est employé par Kelsen in *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, v. spéc. p. 342.

¹⁸⁹ Ce qualificatif est employé par M. Troper in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, v. spéc. p. 10.

repose alors aux côtés des discours qui ne génèrent pas de normes, comme celui de la doctrine universitaire par exemple. Cette conception moniste de la dogmatique juridique, même si elle se justifie par une volonté de la distinguer clairement de la science du droit, n'est pas satisfaisante car elle fait fi de la nature spécifique du discours de l'avocat aux Conseils. Certes, comme les autres discours dogmatiques, il est fonction de la volonté de son auteur et ne produit pas de norme, mais il est le seul à être directement et immédiatement adressé à la Cour de cassation, laquelle est, selon la *Théorie réaliste de l'interprétation*, l'auteur exclusif des normes au sein de l'ordre judiciaire. En ce sens et contrairement aux discours dogmatiques qui réagissent aux décisions de la Cour de cassation, le discours étudié les prépare.

28. En somme, cette première partie sera consacrée à la recherche de la nature spécifique du discours de l'avocat aux Conseils. On démontrera d'abord, à l'aide des enseignements de la théorie du droit et d'une recherche empirique, que ce discours est effectivement fonction de la volonté et non de la connaissance de son auteur (**Titre 1**). On s'attachera ensuite à prouver que, contrairement à ce que laisse actuellement penser la *Théorie réaliste de l'interprétation*, il n'est pas un discours dogmatique comme les autres, dans la mesure où il prépare la décision de la Cour de cassation, c'est-à-dire l'interprétation authentique (**Titre 2**).

TITRE 1. UN DISCOURS PROCÉDANT DE LA VOLONTÉ

29. L'acte d'interprétation, connaissance ou volonté ? - La question des facultés mises en œuvre par l'auteur d'un discours juridique s'est posée avec une particulière acuité à propos de l'interprétation des énoncés textuels. Traditionnellement définie comme « *le processus ou le résultat de la détermination du sens des règles juridiques ou de leurs éléments* »¹⁹⁰, l'interprétation occupe une place primordiale dans l'activité quotidienne des juristes. Universitaires ou praticiens, nombreux sont ceux qui se font interprètes des textes constitutionnels, législatifs, réglementaires etc. L'avocat aux Conseils est lui aussi coutumier du fait. Ses moyens, nécessairement fondés sur un texte¹⁹¹, tendent en effet à démontrer que la décision déferée par le pourvoi est contraire à telle ou telle signification textuelle. De la même manière, le juge est chargé d'interpréter les textes invoqués dans le litige. Aussi est-il apparu essentiel de se demander si l'interprétation est une *fonction de la connaissance* ou une *fonction de la volonté*, si l'attribution d'une signification peut présenter un caractère objectif ou si, au contraire, elle dépend de la volonté exclusive de son auteur. Principalement posée à propos de l'interprétation juridictionnelle, cette question a également fait l'objet de réflexions spécifiques à l'interprétation de l'avocat qui s'avèrent très éclairantes pour en comprendre la nature.

Selon les principaux mouvements positivistes, l'interprétation de l'avocat est exclusivement fonction de la volonté de son auteur. Ce consensus autour de la nature du discours étudié repose pourtant sur deux explications, l'explication normativiste¹⁹² et l'explication de la *théorie réaliste de l'interprétation*¹⁹³, incompatibles entre elles, de sorte que tout en les présentant, on expliquera pourquoi la seconde nous paraît plus pertinente (**Chapitre 1**).

L'approche réaliste, sur laquelle reposera donc notre étude, retient que toute interprétation est subjective, puisque l'énoncé interprété ne contient aucun sens qu'il serait possible de connaître. En d'autres termes, le sens ne préexiste pas à l'interprétation, il en est le résultat.

¹⁹⁰ A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, *Interprétation, rubrique rédigée par Wróblewski, p. 314.

¹⁹¹ La Cour de cassation a posé et rappelé de nombreuses fois cette exigence. Elle a même jugé que l'argumentation contenue dans un pourvoi « qui ne précise pas le texte qui aurait été violé ou faussement appliqué, ne constitue pas l'énoncé d'un moyen de cassation » en déclarant d'office irrecevable le pourvoi en cause, V. Civ. 2^{ème}, 17 juin 1992, n°92-50.002, *Bull. civ. II*, n°166, cf. spéc. *infra* n°296.

¹⁹² L'explication normativiste s'entend exclusivement de l'explication donnée par Kelsen notamment dans *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

¹⁹³ On entend par théorie réaliste de l'interprétation celle formulée par M. Troper. V. not. : « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers réalistes du droit*, Dir. O. Jouanjan PUF Strasbourg, 2000, pp. 51-68.

L'interprète jouit en conséquence d'une grande liberté pour conférer au texte le sens qui convient le mieux à son objectif. C'est de cette liberté dont il sera question dans le second chapitre car en démontrant que dans sa pratique quotidienne, l'avocat aux Conseils est effectivement libre de donner aux textes invoqués le sens qui convient le mieux à l'intérêt de son client, l'approche réaliste se trouvera confortée d'un point de vue empirique (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : UN DISCOURS THÉORIQUEMENT FONCTION DE LA VOLONTÉ

30. De l'interprétation juridictionnelle à l'interprétation de l'avocat - La question de l'interprétation constitue un « *de ces thèmes qui découragent l'analyse : à la fois trop connus et toujours insaisissables, ils résistent à la conceptualisation et à la classification* »¹⁹⁴. Pourtant, dans les années 1970, la théorie du droit a connu ce que les auteurs ont coutume d'appeler un tournant interprétatif : « *c'est-à-dire un tournant à partir duquel l'interprétation a pris une importance de premier plan dans l'approche du droit et ouvert de nouveaux horizons d'étude à la théorie juridique* »¹⁹⁵. Le débat s'est en effet ouvert sur la question de savoir si l'interprétation juridictionnelle procède de la connaissance ou de la volonté de son auteur et a vu s'opposer principalement deux conceptions¹⁹⁶. D'un côté, les partisans d'une conception normativiste de l'interprétation retiennent que l'énoncé textuel (Constitution, lois, règlements etc.) contient un nombre limité de sens qu'il appartient au juge de connaître. L'interprétation judiciaire présenterait un caractère mixte. Elle est certes un acte de volonté, mais cet acte serait toujours précédé d'un acte de connaissance permettant d'identifier les significations potentielles de la loi. Le juge serait alors chargé de sélectionner, parmi cet ensemble de significations objectivement identifiables, l'une d'entre elles pour l'appliquer au cas particulier. D'un autre côté, les partisans d'une conception réaliste de l'interprétation considèrent que l'énoncé est dépourvu de significations propres et que c'est l'interprétation qui lui confèrera des significations. De ce point de vue, l'interprétation ne peut donc jamais s'analyser comme un acte de connaissance, elle est au contraire un acte de pure volonté et le juge assume alors un rôle décisif puisqu'il détermine librement le sens des énoncés qu'il est amené à interpréter.

¹⁹⁴ F. Ost et M. Van de Kerchove, « Interprétation », *APD*, tome 35, 1990, p. 165-190, spéc. p. 165.

¹⁹⁵ P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, A. Colin, 2012, p. 7.

¹⁹⁶ Les théories du droit et de l'interprétation qui sont ici présentées sont uniquement des théories positivistes du droit. Nous avons conscience que l'opposition entre les conceptions normativiste et réaliste de l'interprétation ne rend pas entièrement compte de l'opposition entre conception objective et subjective des démarches interprétatives. Pour une présentation plus exhaustive v. P. Amselek, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, A. Colin, 2012. L'auteur intègre des mouvements non positivistes lorsqu'il présente et différencie les thèses objectivistes de l'interprétation aux thèses subjectivistes de l'interprétation. Par exemple, l'école de l'Exégèse est présentée comme défendant une conception objectiviste de l'interprétation.

31. En arrière-plan de ces oppositions théoriques relatives au discours judiciaire, c'est la nature de tous les autres discours juridiques contenant des interprétations qui est en jeu. Celle de l'avocat a justement été précisée par ces deux courants du positivisme. L'interprétation de l'avocat¹⁹⁷ reçoit de la part des mouvements *normativiste* et *réaliste* une seule et même qualification : celle d'un acte de volonté. Derrière cette unanimité, se dissimulent néanmoins deux explications très différentes. Les faiblesses et les contradictions de l'opération de qualification *normativiste* commandent de la rejeter (**Section 1**) au profit de l'explication *réaliste*, beaucoup plus convaincante (**Section 2**).

Section 1. Le rejet de l'explication normativiste

32. **Définition kelsénienne du droit** - Avant de s'intéresser à la manière dont est appréhendée l'interprétation de l'avocat dans la pensée normativiste, il est indispensable de revenir sur la définition du droit retenue par Kelsen. Le maître de l'École de Vienne définit le droit comme un ensemble de normes valides, et une norme comme la signification objective d'un acte de volonté. Par conséquent, l'identification d'une norme suppose une dissociation entre l'acte de volonté à l'origine de la norme et sa signification objective. Autrement dit, un énoncé prescriptif n'est pas une norme parce que son auteur l'a voulu ou au regard de son contenu, mais parce que la signification de cet énoncé est objectivement une norme, c'est-à-dire une norme « *selon le droit, en droit* »¹⁹⁸.

Se pose alors la question des conditions de production d'une norme objective. Selon Kelsen, un énoncé a la signification objective d'une norme lorsqu'il est conforme à une norme supérieure. La normativité est fonction de la validité en ce sens qu'un acte de prescription devient une norme lorsqu'il est valide, c'est-à-dire lorsqu'il est reconnu comme valide par un énoncé hiérarchiquement supérieur. Le principe est simple, toute norme juridique doit son existence et son rang à une norme qui lui est immédiatement supérieure. Ainsi conçu, le système juridique est un ensemble cohérent qui s'autorégule par l'adaptation ou l'élimination de la norme inférieure qui serait contraire à la norme supérieure : « *l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée d'un certain*

¹⁹⁷ Si les théories qui vont ici être étudiées ne s'intéressent pas spécifiquement à la figure de l'avocat aux Conseils, mais simplement à celle de l'avocat, les propositions faites à propos du second valent, *a fortiori*, pour le premier dans la mesure où ils exercent les mêmes fonctions représentatives.

¹⁹⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 3.

nombre d'étages ou de couches de normes juridiques »¹⁹⁹. Au sommet de cette hiérarchie, Kelsen imagine l'existence d'une norme fondamentale, la « *Grundnorm* » permettant d'expliquer la validité de la Constitution²⁰⁰. Cette norme, pure abstraction, n'est pas posée par les hommes mais supposée par l'auteur, elle est une « *hypothèse logique transcendantale* »²⁰¹. Elle prescrit uniquement de se conduire conformément à la Constitution et fonde « *la validité objective d'un ordre juridique positif* »²⁰².

33. Incidences de la définition sur la perception des interprétations juridiques - À côté des normes, il existe alors des discours qui ont pour objet la norme, c'est-à-dire des *métadiscours juridiques*²⁰³. Selon Kelsen, ces discours, qui prennent la forme d'interprétations²⁰⁴, peuvent s'analyser comme des actes de connaissance ou comme des actes de volonté. En effet, dans la mesure où la norme contient déjà une signification objective, l'auteur dissocie les interprétations qui ambitionnent de révéler cette signification des autres interprétations. Dans la première hypothèse, l'interprète adopte une démarche descriptive, son interprétation, fonction de la connaissance, est *scientifique* ; dans la seconde hypothèse, l'interprète adopte une démarche prescriptive, son interprétation, fonction de la volonté, est *politique*.

34. C'est à cette deuxième catégorie qu'est rattachée l'interprétation de l'avocat aux Conseils. D'apparence infaillible, le raisonnement par lequel Kelsen parvient à qualifier le discours étudié ne va pourtant pas sans difficulté. Non seulement il mène à des incohérences théoriques globales (§1), mais il s'appuie par ailleurs sur des présupposés épistémologiques qui s'opposent à une étude scientifique du discours de l'avocat (§2).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 299.

²⁰⁰ Le statut de la norme fondamentale supposée par Kelsen a été l'objet d'un débat en théorie du droit. Alf Ross a déduit de cette abstraction que l'auteur de la théorie pure émet en réalité une prescription morale de sorte que Kelsen ne serait qu'un « quasi-positiviste », v. A. Ross, « Validity and the Conflict between Legal positivism and Natural Law », *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961, p. 46-93, trad. É. Millard et E. Matzner in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, Paris Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2004, p. 152 et s ; v. *contra* M. Troper, « Ross, Kelsen, et la validité », *Droit et société*, n°50, 2002, p. 43-57.

²⁰¹ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 266.

²⁰² *Ibid.*, p. 267.

²⁰³ V. sur ce point la classification des différents niveaux de langage observés dans la *théorie pure* par N. Bobbio, *Essais de théorie du droit : (recueil de textes)*, trad. M. Guéret et Ch. Agostini, Louvain Paris, Bruylant L.G.D.J., 1998, spéc. p. 185 et s. : l'auteur distingue, le droit (les normes, *langage de premier niveau*), les discours sur le droit (métadiscours juridiques, *langage du second niveau*) et les discours ayant pour objet les discours sur le droit (épistémologie juridique, *langage du troisième niveau*), cf. égal. *supra* n°24 et 25.

²⁰⁴ Kelsen ne s'intéresse aux discours métajuridiques qu'à l'aune du concept d'interprétation, v. H. Kelsen, *op.cit.*, pp. 453-463.

§1. Le discours de l'avocat : une interprétation de « *politique juridique* », fonction de la volonté

35. Si la *Théorie pure du droit* de Kelsen compte seulement deux références à l'interprétation de l'avocat, la catégorie dans laquelle elle est placée, celle des interprétations de « *politique juridique* » fait quant à elle l'objet de nombreux développements²⁰⁵. Or, cette catégorie d'interprétations procédant de la volonté est toujours présentée par opposition aux interprétations procédant de la connaissance. La qualification du discours de l'avocat s'appuie ainsi sur une conception duale de l'interprétation (A), mais révèle également, en arrière-plan de la pensée de l'auteur, une perception biaisée des qualités du discours de l'avocat (B).

A. Une qualification reposant sur une conception duale de l'interprétation

36. **L'interprétation de l'avocat, un acte de pure volonté** - Selon Kelsen, les discours de l'avocat relèvent de la *politique juridique*. Ces derniers, qui sont présentés comme subjectifs, « *éminemment affectifs* »²⁰⁶, entretiennent une « *fiction d'univocité* »²⁰⁷. L'auteur explique que ces interprétations procèdent en effet de la seule volonté de leurs auteurs car elles consistent à choisir une signification de la norme interprétée puis à prétendre que cette signification est la seule correcte. « *Agir ainsi [écrit Kelsen], c'est présenter faussement comme une vérité scientifique ce qui n'est en réalité qu'un simple jugement de valeur politique* »²⁰⁸. En d'autres termes, elles ne sont pas descriptives mais exclusivement prescriptives.

Il prend deux exemples d'interprétations purement prescriptives, celle des « *juristes qui, dans un commentaire qu'ils publient, distinguent l'une des interprétations possibles comme la seule exacte* »²⁰⁹ et celle de « *l'avocat qui, dans l'intérêt de son client, s'efforce de démontrer*

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 1: La théorie pure du droit « *entend être une science du droit, elle n'entend pas être une politique juridique* ». Dès les premières lignes, Kelsen fait référence à la « *politique juridique* », notion à laquelle il se réfère plus de quatre-vingt dix-huit fois dans son ouvrage, et à laquelle il consacre plus de treize développements autonomes.

²⁰⁶ *Ibid.*, préface de la 1^{re} éd., p. VIII.

²⁰⁷ *Ibid.*, p. 463.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ *Ibid.*

devant un tribunal que seule est juste telle des diverses interprétations possibles de la norme juridique à appliquer à l'espèce »²¹⁰.

L'interprétation étudiée ne serait donc qu'un acte de volonté, car l'avocat prescrit à son interlocuteur le choix d'une signification de la norme invoquée et présente cette signification comme la seule admissible. Pour Kelsen, conformément à une conception duale des métadiscours juridiques, ces *interprétations politiques* doivent être rigoureusement distinguées des interprétations qui sont fonction de la connaissance, c'est-à-dire de l'interprétation scientifique et de l'interprétation authentique.

37. La distinction avec l'interprétation scientifique - Kelsen précise que l'interprétation du praticien ne remplit pas une « *fonction de science juridique, mais une fonction de politique juridique* »²¹¹. L'interprétation scientifique « *consiste à déterminer, par une opération intellectuelle, le sens des normes juridiques* »²¹². Contrairement à l'interprétation politique, elle « *ne peut rien faire d'autre ni de plus que de dégager les significations possibles des normes juridiques* »²¹³. L'auteur indique également que la mobilisation de la connaissance, dans le processus d'interprétation, n'est pas incompatible avec le caractère novateur et inattendu des significations proposées qui peuvent ne pas être « *politiquement souhaitables [voire même pas du] tout voulues par le législateur* »²¹⁴. Dans cette hypothèse, le travail scientifique est alors source de sécurité juridique puisqu'il fait connaître « *à l'autorité qui crée le droit combien son œuvre est loin de satisfaire au postulat de technique juridique de formuler des normes de droit qui soient le plus univoques possible, ou tout au moins de les formuler de telle façon que les équivoques ou ambiguïtés inévitables soient réduites à un minimum* »²¹⁵. Kelsen signale enfin que si la science du droit a vocation à répertorier l'ensemble des significations d'une norme, elle ne peut pas en choisir une. L'interprétation scientifique ne peut donc que présenter au juge l'ensemble des sens qu'une norme contient, mais la faculté de choix est réservée « *à l'organe juridique qui a compétence d'après l'ordre juridique pour appliquer le droit* »²¹⁶ ou encore à l'avocat dont la mission consiste à représenter un intérêt devant le juge.

²¹⁰ *Ibid.*, pp. 462-463.

²¹¹ *Ibid.*, p. 463.

²¹² *Ibid.*, p. 462.

²¹³ *Ibid.*, p. 463.

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*, p. 462.

38. La distinction avec l'interprétation authentique - Kelsen s'attache par ailleurs à dissocier l'interprétation de l'avocat de l'interprétation authentique.

L'interprétation authentique, qui correspond à l'interprétation des lois par les organes souverains²¹⁷, présente un double visage. Par certains aspects, elle est un acte de connaissance, par d'autres, elle est un acte de volonté. Elle associe en effet « *l'interprétation du droit à appliquer, par une opération de connaissance, (...) à un acte de volonté par lequel l'organe applicateur de droit fait un choix entre les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance* »²¹⁸. Dans un cas comme dans l'autre, l'interprétation authentique se différencie de l'interprétation étudiée.

Le juge procède d'abord à un acte de connaissance en recherchant, à la manière de l'interprète scientifique, le cadre objectif à l'intérieur duquel la création de la norme individuelle va se réaliser. En d'autres termes, il va rechercher l'ensemble des significations objectives de la norme générale interprétée. Cette étape correspond à l'application d'une norme générale supérieure, qu'elle soit d'origine législative (système romano-germanique) ou coutumière (système de Common Law)²¹⁹. Cette première phase est primordiale pour s'assurer la validité de la norme créée par le juge. En l'absence d'application d'une norme générale par le juge, sa décision juridictionnelle n'a pas la nature d'une norme puisque le lien de validité qui l'unit à la norme supérieure n'est pas déterminé. À plusieurs reprises, Kelsen insiste en effet sur l'existence d'une hiérarchie entre l'énoncé interprété et le résultat de l'interprétation. Interpréter, c'est appliquer le droit « *dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur* »²²⁰, c'est identifier « *une relation de détermination ou de liaison* »²²¹. La connaissance de la norme permet de déterminer un cadre dont le respect

²¹⁷ Si classiquement, dans la première édition de la *Théorie pure*, l'interprétation authentique était définie comme l'interprétation d'un texte par son auteur (par exemple l'interprétation d'une loi par le législateur), elle correspond, dans la deuxième édition, à celle de l'organe juridictionnel qui n'est pas l'auteur de la norme interprétée, mais celui qui est chargé de l'appliquer.

²¹⁸ H. Kelsen, *op cit.*, p. 460-461. L'auteur adopte la même présentation dans son ouvrage ultérieur : H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaux et F. Malkani, (éd. originale parue en 1979), Paris, PUF, 1996, p. 306 et s. ; v. égal. sur ce point P. Amselek, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat*, Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté, Cowansville (Québec), Editions Yvon Blais, 2011, p. 44-58, spéc. p. 49 : « *il y a dans une première étape une activité de connaissance consistant à fixer le cadre ou horizon de sens de la norme, à inventorier les différentes possibilités d'interprétation qu'elle offre ; mais dans une seconde étape, survient un acte de volonté, de choix, de création de droit* ».

²¹⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, p. 341 : « *Les tribunaux créent du droit, et plus précisément, en règle générale, du droit individuel ; mais dans les ordres juridiques qui instituent un organe de législation, ou qui reconnaissent le coutume comme un fait créateur de droit, ils le font en appliquant un droit général créé antérieurement par législation ou par coutume* ».

²²⁰ *Ibid.*, p. 453.

²²¹ *Ibid.*, p. 454.

garantit la validité de la norme individuelle²²². La norme individuelle est valide « *lorsque la décision se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi* »²²³. En d'autres termes, « *il y aurait donc, malgré tout, quelque chose de fixe, capable de tenir l'interprétation authentique dans ses limites et d'empêcher ainsi la complète dérive d'un système objectif livré à la subjectivité de ses interprètes* »²²⁴, qu'on ne retrouverait pas dans les interprétations politiques.

L'interprétation authentique consiste également à choisir, parmi les significations normatives dégagées, celle qui sera appliquée au cas particulier. À l'acte d'application de la norme générale succède donc un acte de volonté, à l'origine d'une norme individuelle²²⁵. À rebours des idées souvent défendues²²⁶, la jurisprudence constitue dans la pensée normativiste « *un mode de création du droit* »²²⁷. L'interprétation authentique se différencie ainsi de nouveau de l'interprétation de l'avocat, car si la première est à l'origine d'une norme, la seconde ne produit qu'une prescription qui a vocation à « *influer sur la création du droit* »²²⁸.

²²² Même si une norme individuelle peut se tenir en dehors du cadre sans être sanctionnée dès lors qu'elle est produite par une juridiction suprême, cf. *infra* n°311.

²²³ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 457.

²²⁴ O. Jouanjan, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n°54, 2011, p. 39.

²²⁵ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 461 : « *L'interprétation par l'organe d'application du droit a toujours un caractère authentique : elle crée du droit* ». Par ailleurs, Kelsen semble admettre que les juridictions suprêmes puissent créer des normes générales notamment dans les systèmes juridiques de *Common law* qui reconnaissent aux tribunaux la faculté de rendre des décisions « *précédentielles* ». Mais là encore, la création de la norme générale est toujours subordonnée à l'application d'une norme générale antérieure qu'elle soit d'origine législative ou coutumière. V. not. H. Kelsen, *op. cit.*, p. 336 : « *c'est seulement sur la base de la norme générale qui est créée par la décision précédente qu'il peut être décidé si deux cas sont semblables. La formulation de cette norme générale est la condition préalable nécessaire pour que la décision du cas précédent puisse être obligatoire* ».

²²⁶ Il est ici fait référence à certains ouvrages d'introduction au droit et à la place dénaturante qu'ils attribuent à la jurisprudence dans la hiérarchie des normes. Certains ne l'évoquent pas : v. not. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Introduction au droit*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014 ; R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2013. Parmi ceux qui l'évoquent, certains la dénaturent : v. par ex. J.-L. Aubert et É. Savaux, *Introduction au droit : et thèmes fondamentaux du droit civil*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2012, n°30 p. 25 : ces auteurs procèdent à une description schématique de la classification des normes opérées par Kelsen mais n'attribuent pas, conformément à la pensée kelsénienne, aux décisions judiciaires la place qu'elles méritent (simple évocation en note de bas de page) au motif qu'il ne s'agit pas de « *textes générateurs de droit* » (contrairement à la pensée de Kelsen).

²²⁷ Kelsen, *op. cit.*, p. 314 : Kelsen réfute la terminologie de « *source du droit* » : « *La multiplicité de la signification du terme sources du droit le laisse apparaître comme vraiment inutilisable* ». Il lui préfère l'expression de modes de création du droit. En revanche, certains de ces disciples, comme Bobbio parviennent à réintégrer le concept en théorie du droit en définissant la théorie des *sources du droit* comme celle qui tend à « *décrire, analyser et classer les diverses procédures à travers lesquelles s'opère la création du droit (...) et à étudier les actes ou les faits qui produisent ou qui sont propres à produire le droit* », v. N. Bobbio, « Kelsen et les sources du droit », *APD*, tome 27, 1982, p. 135.

²²⁸ Kelsen, *op. cit.*, p. 363.

39. Propos conclusifs - En définitive, l'interprétation de l'avocat est présentée par Kelsen comme une interprétation spécifique. Dans la mesure où elle consiste à choisir une des significations de la norme et à la présenter comme la seule signification possible, elle constitue un acte de pure volonté. Elle ne peut donc se confondre ni avec l'interprétation scientifique qui constitue un acte de pure connaissance, ni avec l'interprétation authentique qui constitue un acte mixte, fonction de la connaissance et de la volonté. Cette classification des interprétations, *a priori* claire, révèle en réalité une perception biaisée de l'interprétation de l'avocat.

B. Une qualification révélant une perception biaisée de l'interprétation de l'avocat

40. L'interprétation de l'avocat est présentée comme un acte de pure volonté, alors que l'interprétation du juge est décrite comme un acte mixte, alliant connaissance et volonté. Derrière cette distinction, se dissimule un paradoxe (1) dont la résolution invaliderait les présupposés de la *Théorie pure du droit* (2).

1. Le paradoxe inhérent à la distinction entre l'interprétation de l'avocat et l'interprétation authentique

41. Une sous-estimation des facultés interprétatives de l'avocat - L'interprétation de l'avocat, appartenant à la catégorie des interprétations de politique juridique, ne serait fonction, selon Kelsen, que de la volonté du professionnel. Alors qu'elle a pour objet, comme l'interprétation juridictionnelle, une norme générale, l'auteur soutient que l'avocat ne s'emploie qu'à prédire une norme individuelle et que cette activité n'a rien à voir avec la connaissance du droit²²⁹. Cette présentation est réductrice car elle se focalise sur le résultat de l'interprétation de l'avocat, à savoir une prescription de norme individuelle, et fait totalement abstraction du processus par lequel l'avocat y parvient. Ce n'est pas parce que les avocats prescrivent le choix d'une norme individuelle conforme à l'intérêt de leur client qu'ils n'ont pas, en amont, mobilisé des facultés cognitives pour répertorier tous les sens possibles de la norme. S'il veut maximiser ses chances de convaincre le juge, l'avocat a même tout intérêt à rechercher, pour assurer le succès de la prétention de son client, une signification qui se

²²⁹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris, p. 123 : « Prédire les décisions juridictionnelles futures peut être l'affaire des avocats qui conseillent leurs clients. Mais il ne faut pas confondre la connaissance du droit avec la fonction de conseil juridique ».

trouve dans le cadre de la loi. La disqualification des interprétations politiques du champ de la connaissance est en fait incompatible avec la conception kelsénienne de l'interprétation juridictionnelle²³⁰.

42. Une sous-estimation incompatible avec les facultés reconnues au juge - Contrairement à l'interprétation de l'avocat, l'interprétation authentique fait l'objet, chez Kelsen, d'une description complète, le résultat mais également le processus étant appréhendés. Comme nous l'avons déjà signalé, l'interprétation du juge est d'abord un acte d'application de la norme générale supérieure, qui fixe le cadre à l'intérieur duquel pourra intervenir l'acte de création d'une norme individuelle²³¹. Or, cet acte d'application présuppose un acte de connaissance de la part du juge. Appliquer le cadre, c'est en effet connaître les significations objectives qu'il renferme, « *les possibilités révélées par l'interprétation à base de connaissance* »²³².

Si le juge est reconnu capable de connaître la norme générale concernée par le litige dont il est saisi, alors pourquoi l'interprétation de l'avocat est-elle exclusive de tout caractère cognitif ? Autrement dit, s'il est possible de connaître la norme supérieure qui a vocation à encadrer la décision du juge, pourquoi affirmer que l'avocat est étranger à ce processus de connaissance et qu'il n'engage que sa volonté lorsqu'il formule une proposition à l'organe judiciaire ? Au fond, Kelsen refuse de prendre en considération, comme il le fait pour le juge, le processus interprétatif qui pourrait lui aussi se réaliser en deux temps : celui de la recherche, fondée sur la connaissance de la norme en vigueur et de ses significations possibles, et celui de la sélection, fondée sur la volonté, de l'une de ces significations. Paul Amselek parvient au même constat lorsqu'il étudie la distinction que propose Kelsen entre l'interprétation réalisée par un particulier, qui serait un acte de pure volonté, à l'interprétation authentique. L'auteur se demande en quoi la première est fondamentalement distincte de la seconde dans la mesure où « *elle peut aussi être qualifiée d'acte à la fois de connaissance et de volonté dans la mesure où les particuliers sont bien obligés de choisir un sens pour obéir* »²³³. En fin de compte, on voit mal ce qui pourrait justifier une telle différence de traitement sinon une forme d'angélisme à l'égard de la figure judiciaire. Quelle que soit l'origine de cette différence, elle entraîne un paradoxe qui s'avère insurmontable.

²³⁰ La conception mixte de l'interprétation juridictionnelle, à la fois *connaissance* et *volonté*, fragilise la radicalité de l'opposition entre interprétation comme *volonté* et interprétation comme *connaissance*.

²³¹ cf. *supra* n°38.

²³² Kelsen, *op. cit.*, p. 461.

²³³ P. Amselek, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat*, Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté, Cowansville (Québec), Editions Yvon Blais, 2011, p. 52.

2. Un paradoxe insurmontable

43. Une incohérence indépassable - D'une manière générale, Kelsen a accordé peu d'importance au concept d'interprétation. Lui consacrant uniquement quelques pages à la fin de son ouvrage²³⁴, il s'est nécessairement exposé au risque d'inconséquence et on peine à imaginer comment il aurait pu s'extraire du paradoxe que l'on vient de présenter sans menacer l'ensemble de sa théorie. Deux options apparaissent envisageables, mais elles mènent effectivement à une profonde remise en cause des présupposés normativistes.

La première option consiste à admettre qu'à l'image de l'interprétation de l'avocat, l'interprétation authentique n'est que pure volonté. Mais ce faisant, Kelsen aurait été contraint d'abandonner sa définition du droit. Si le droit est un ensemble de normes dont la validité dépend d'une norme supérieure, il faudrait parvenir à expliquer la validité des normes individuelles, résultat de l'interprétation authentique, autrement que par leur conformité à la norme générale. Or, si le juge n'agit que selon sa volonté, sans avoir à déterminer, par un acte de connaissance, le cadre des significations possibles de la loi, alors la validité de la décision du juge ne peut plus être fonction de sa conformité à une norme supérieure, et il n'est plus possible de défendre que les normes ont des significations objectives propres, détachables de l'acte de volonté qui en est à l'origine. C'est la conception hylétique des normes qui se trouverait en conséquence désavouée²³⁵.

La seconde option est de reconnaître que l'interprétation de l'avocat présente, comme celle du juge, un caractère mixte procédant de la connaissance et de la volonté de son auteur. Ainsi, les interprétations politiques, catégorie à laquelle appartient l'interprétation de l'avocat, ne se distingueraient plus par le fait qu'elle relève de la seule volonté de l'interprète. Cela signifierait en conséquence que les interprétations politiques, par leur caractère mixte, ne pourraient plus être catégoriquement opposées aux interprétations scientifiques. C'est alors le projet épistémologique d'une science pure du droit qui serait menacé puisque l'idée d'une science du droit échappant au règne de la volonté, uniquement fondée sur l'objectivité de l'interprète et des résultats de ses analyses, sortirait très affaiblie de cette concession.

En définitive, l'opération par laquelle Kelsen parvient à identifier l'interprétation de l'avocat à un acte de volonté n'est pas convaincante car elle repose sur des contradictions que l'auteur ne saurait surmonter sans malmener les postulats de sa théorie. L'interprétation de

²³⁴ Il ne lui consacre que les dix dernières pages de son ouvrage (et seulement à l'occasion de sa réédition), v. *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris, pp. 453-463.

²³⁵ Sur la conception hylétique de la norme, cf. *infra* n°48. V. égal. la position de M. Troper qui pense que Kelsen s'était en réalité et finalement rallié à une conception expressive des normes, cf. *infra* n°52.

l'avocat est peut-être un acte de volonté, mais quoi qu'il en soit, ce n'est pas dans la *Théorie pure du droit* qu'elle trouvera une explication de sa nature profonde, puisque son auteur ne lui accorde par ailleurs aucun intérêt théorique.

§2. Le discours de l'avocat : une interprétation condamnée au désintérêt théorique

44. Le discours de l'avocat est voué à se maintenir en dehors de la *théorie pure du droit* car il n'est ni scientifique, ni susceptible d'étude scientifique (A). Cette exclusion qui n'est pas partagée par tous les disciples de Kelsen²³⁶, est fondée sur une ontologie particulière du droit, l'ontologie hylétique, inapte à rendre compte de la réalité du phénomène juridique (B).

A. L'exclusion des discours de « politique juridique » du champ de la science du droit

45. **Une hostilité à l'égard des discours politiques** - La théorie pure du droit « *entend être une science du droit, elle n'entend pas être une politique juridique* »²³⁷. Dès la première page de son ouvrage, Kelsen scelle le sort d'une étude relative au discours de l'avocat. Afin de servir l'ambition d'une science du droit purifiée, tous les discours politiques, fonction de la seule volonté, doivent être maintenus en dehors du champ théorique. L'énergie avec laquelle Kelsen repousse ce type de discours s'est plus particulièrement manifestée à l'encontre de la doctrine académique. Il s'oppose à l'attitude de certains universitaires qui, sous couvert de scientificité, défendent en réalité leurs préférences subjectives en vue de convaincre leur auditoire qu'elles sont les seules acceptables. Comme l'auteur l'indique, « *on ne peut naturellement pas le leur interdire. Mais jamais ils n'ont le droit de le faire au nom de la science juridique comme il arrive très souvent* »²³⁸. Pendant longtemps, la science du droit traditionnelle a en effet adopté et approuvé cette posture prescriptive en ne marquant « *pas la différence entre le droit et la science du droit, entre la fonction consistant à poser le droit et*

²³⁶ V. not. les travaux de N. Bobbio, *Essais de théorie du droit : (recueil de textes)*, trad. M. Guéret et Ch. Agostini, Louvain Paris, Bruylant L.G.D.J., 1998. L'auteur intègre le discours des avocats dans le champ scientifique (traité comme un métalangage) non sans abandonner au passage la conception hylétique des normes. L'objet de sa théorie consiste à reconnaître l'existence de ces discours politiques, appelés « *giurisprudenza* », pour trouver un moyen de les rendre plus rigoureux.

²³⁷ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 1.

²³⁸ *Ibid.*, p. 463.

la fonction consistant à le connaître »²³⁹. Or, l'un des objectifs de la théorie pure est de démontrer, sur le modèle de la philosophie kantienne²⁴⁰, que cette attitude n'a rien de scientifique et qu'il est possible, dans le même temps, de poser les conditions d'une science véritable du droit²⁴¹. Mais ce faisant, l'auteur a définitivement fermé la porte à l'étude théorique de l'interprétation de l'avocat, puisqu'à l'image de l'interprétation doctrinale, elle n'est ni scientifique, ni un objet d'étude pour la science du droit.

46. L'interprétation de l'avocat, dépourvue de scientificité - Comme nous l'avons déjà précisé, Kelsen retient que les discours de politique juridique ne relèvent que de la volonté de leurs auteurs²⁴². Dans la mesure où ils contiennent des prescriptions, ils ne sont pas conformes à l'exigence épistémologique de Kelsen selon laquelle, à celui qui veut faire œuvre de science, il est *prescrit de décrire*. En effet, ces discours politiques ne sont pas scientifiques car au lieu de décrire ce qu'est la norme, ils prescrivent ce qu'elle doit être. Or, selon Kelsen, la science du droit doit reposer au contraire sur le principe qu'il est impossible d'inférer un devoir-être à partir d'un être ou un être à partir d'un devoir-être. Par exemple, ce n'est parce qu'une loi interdit de fumer dans les lieux publics (devoir-être), que personne ne fume dans les lieux publics (être). De même, ce n'est pas parce que la procréation suppose l'union charnelle de deux personnes de sexe différent (être), que le mariage entre deux personnes de même sexe doit nécessairement être interdit (devoir-être). Cette incommensurabilité entre l'être et le devoir-être, qui a été formulée en premier par David Hume²⁴³, s'est traduite chez Kelsen par une exigence simple : la science du droit, dans la mesure où elle étudie des

²³⁹ H. Kelsen, « Une théorie "réaliste" et la Théorie pure du droit. Remarques sur *On Law and Justice* d'Alf Ross », in trad. G. Sommererger et É. Millard, *Dossier Théories réalistes du droit. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 20.

²⁴⁰ Dans la première édition de la *Théorie pure*, la filiation avec Kant est affirmée dès la préface : V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit: introduction à la science du droit*, trad. par H. Thévenaz, Neuchâtel, Éditions de La Baconnière, 1953, p. 60 : « La théorie pure du droit, qui est une théorie du droit positif, donc de la réalité juridique, transpose le principe de la logique transcendantale de Kant en voyant dans le devoir, dans le sollen, une catégorie logique des sciences sociales normatives en général et de la science du droit en particulier ». Elle ressort en toute hypothèse de l'ensemble des références explicites et implicites que les deux éditions contiennent : V. not. S. Goyard-Fabre, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 83, n°2, 1978, p. 204 et s.

²⁴¹ Même si l'auteur a réussi à montrer que cette attitude doctrinale n'avait rien de scientifique, elle se manifeste encore aujourd'hui inexorablement. V. sur ce point les débats doctrinaux ayant entouré l'adoption de la législation consacrant le droit au mariage pour les personnes du même sexe, cf. *infra* n°65.

²⁴² cf. *supra* n°36.

²⁴³ Les auteurs parlent de la « loi de Hume ». V. l'extrait de *Traité sur la nature humaine*, (éd. de 1777), de D. Hume in Ch. Grzegorzczuk, F. Michaut et M. Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ, Paris, 1993, p. 244 : « tout à coup je suis surpris de découvrir qu'au lieu des copules usuelles est et n'est pas, je ne trouve plus que des propositions reliées par un doit-être ou ne doit pas être. Le changement est imperceptible: mais les conséquences en sont de la plus haute importance. Car étant donné que ce devoir-être ou ne pas devoir-être, exprime une relation ou une affirmation, il devrait faire l'objet d'un constat ou d'une explication ».

énoncés prescriptifs (devoir-être), doit se limiter à décrire son objet. Il lui est interdit de formuler des prescriptions, car celles-ci, qui ne sont pas vérifiables, trahissent en réalité l'expression de préférences subjectives. Autrement dit, le discours scientifique est celui qui décrit des normes valides à l'aide de propositions vérifiables²⁴⁴. De ce point de vue, le discours de l'avocat, comme certains discours universitaires, n'est pas scientifique car il n'a pas vocation à décrire une norme générale, mais à inférer de cette norme une signification présentée comme la seule possible, alors que cette signification n'est ni vraie, ni fausse, elle est simplement conforme à l'intérêt du client.

47. L'interprétation de l'avocat, insusceptible d'étude scientifique - Si elle n'est pas scientifique, on aurait toutefois pu imaginer que l'interprétation de l'avocat puisse constituer un objet d'étude pour la science juridique. Après tout, selon Kelsen, les interprétations juridictionnelles peuvent faire l'objet de discours scientifiques, alors même qu'elles procèdent d'actes de volonté. En réalité, si les interprétations authentiques peuvent être décrites par la science, c'est uniquement parce qu'elles sont à l'origine de normes individuelles, c'est-à-dire de prescriptions dont la validité est reconnue par une norme générale. À l'inverse, selon Kelsen, les interprétations politiques ne peuvent pas être étudiées par la science car elles ne produisent pas des normes, c'est-à-dire des prescriptions qui ont une signification objective et qui sont validées par une norme hiérarchiquement supérieure. La politique juridique ne produit que des prescriptions subjectives en vue d'influencer les autorités habilitées à créer du droit. C'est donc parce qu'il ne crée pas du droit que le discours de l'avocat ne peut pas être étudié par la science.

Kelsen l'explique d'ailleurs clairement lorsqu'il évoque la thèse, défendue par Holmes, selon laquelle « *le droit correspond (...) aux prédictions de ce que les tribunaux décident* »²⁴⁵. Il est manifeste que, par cette définition du droit, le réaliste américain convoque la science

²⁴⁴ Elles sont vraies si la norme qu'elles décrivent est valide. Cela dit, si la norme est un devoir-être objectif pour Kelsen, il s'inscrit en faux contre l'attitude doctrinale qui prescrit de respecter les normes parce qu'elles sont des normes. Par exemple, ce n'est parce qu'une proposition scientifique énonce qu'une loi *n* interdit le mariage homosexuel, que l'auteur de cette proposition considère cette loi comme juste, mais simplement comme vraie (s'il existe effectivement une loi *n* qui interdit le mariage homosexuel). Cette attitude, que l'on peut qualifier, à la suite de Bobbio, comme relevant d'un *positivisme idéologique* (une dégénération du positivisme méthodologique, v. N. Bobbio, *Essais de théorie du droit : (recueil de textes)*, trad. M. Guéret et Ch. Agostini, Louvain Paris, Bruylant L.G.D.J, 1998, p. 24 et s.) est dangereux puisqu'il mène à se priver de tous sens critique sur le sens de l'action des autorités normatives. V. sur point, D. Lochak, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1989, p. 252 et s.; mais également les précisions apportées par M. Troper, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », dans le même opus, p. 286 et s.

²⁴⁵ O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, n°10, p. 460 : « *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law* », trad. par nos soins.

juridique sur un terrain inexploité, celui de la description des discours pronostiquant les décisions judiciaires futures, et invite en conséquence à s'intéresser aux discours de l'avocat. Mais Kelsen s'y oppose fermement, il explique que « *la mission de la science du droit n'est pas de prophétiser les décisions des tribunaux* »²⁴⁶ car non seulement il est impossible de connaître par avance le choix que fera l'interprète authentique parmi toutes les possibilités que renferme la norme générale, c'est-à-dire l'énoncé à interpréter, mais également parce que les normes individuelles ne représentent pas « *la partie la plus considérable du droit* »²⁴⁷. Et à l'auteur de conclure que « *prédire les décisions juridictionnelles futures peut être l'affaire des avocats qui conseillent leurs clients. Mais il ne faut pas confondre la connaissance du droit avec la fonction de conseil juridique* »²⁴⁸. Kelsen, persuadé de la possibilité d'une science du droit véritable, refuse donc de s'intéresser aux interprétations politiques car elles ne forment pas du droit, c'est-à-dire qu'elles ne forment pas de devoir-être objectif, indépendant de l'acte de volonté qui en est à l'origine. On pressent alors qu'en arrière-plan de cette opposition entre Kelsen et Holmes à propos des fonctions de la science du droit, se trouvent deux conceptions inconciliables du droit.

B. Une exclusion fondée sur une conception hylétique des normes

48. La conception hylétique, un obstacle à l'étude du discours de l'avocat - La *théorie pure du droit* repose sur une ontologie qui fait obstacle à l'appréhension du discours de l'avocat : la conception hylétique des normes²⁴⁹.

Cette conception consiste à appréhender une norme comme une entité idéale, dissociable de l'acte de volonté qui en est à l'origine. La norme est réduite à sa dimension objective. Elle ne se définit ni par son auteur, ni par son contenu, mais simplement par sa validité, c'est-à-dire par son appartenance au système juridique. Au fond, « *peu importe ce qui a été subjectivement voulu, seul importe ce qui a été objectivement produit* »²⁵⁰. C'est ce qu'explique Otto Pfersmann en signalant que la volonté de l'auteur de la norme intéresse plus Kelsen du point de vue de « *sa formulation et sa fonction (rendre obligatoire, permis ou interdit un certain comportement humain que [du point de vue de] la nature exacte des faits*

²⁴⁶ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 122.

²⁴⁷ *Ibid.*, 123.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ V. la distinction proposée entre conception hylétique et expressive des normes in C. Alchourrón et E. Bulygin, « The expressive conception of norms », *New Studies in Deontic Logic*, R. Hilpinen, 1981, (« Dordrecht, Reidel »), pp. 95-125.

²⁵⁰ É. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 91.

dont elle procède »²⁵¹. Ainsi, une norme est une prescription qui est valide, c'est-à-dire qui est conforme à une norme supérieure. Elle n'appartient pas au monde des faits, elle n'est pas un objet empirique mais une idéalité. Partant, la science normativiste ne décrit pas des faits, c'est-à-dire ce qui est, mais cette idéalité, ce devoir-être objectif.

Cette objectivation du droit explique pourquoi le discours de l'avocat n'intéresse pas Kelsen. Il est une prescription dont le résultat n'est pas normatif, n'est pas valide. Ensermé dans sa signification subjective, le discours de l'avocat n'est qu'un acte de volonté, un fait appartenant au monde de la réalité et non à celui des normes telles qu'elles sont définies par la *Théorie pure*. Contrairement aux théories réalistes, « le normativisme ne s'intéresse qu'à la norme juridique telle qu'elle existe [idéalement], et non aux processus (...) qui se trouvent à son origine »²⁵².

49. Les limites de la conception hylétique - À idéaliser la norme, Kelsen se prive des faits dans l'explication du phénomène juridique. Pourtant, les abstractions ne sont théoriquement utiles que si elles apportent un éclairage sur la réalité. Or, en ignorant la part de la volonté humaine dans l'ordonnement juridique, la *Théorie pure du droit* se place à côté du réel.

Très tôt, Duguit prévenait que même si « la séparation du Sein et du Sollen sur laquelle le système est tout entier construit est logiquement exacte, (...) il n'est pas vrai de dire que le droit appartient exclusivement au monde du Sollen. Le droit est en effet un ensemble de règles, mais de règles nées de besoins pratiques qui sont des faits de Sein. Elles s'appliquent à des activités individuelles qui sont aussi des faits de Sein »²⁵³. D'ailleurs, c'est à partir de ces insuffisances que les mouvements réalistes se sont édifiés en rejetant cette conception idéalisée de la norme²⁵⁴.

Par ailleurs, si l'adoption d'une conception hylétique des normes préserve la « pureté » de la science du droit, en débarrassant le discours scientifique de toutes considérations extra-

²⁵¹ O. Pfersmann, « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n°28, 1999, p. 85.

²⁵² X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 22, n°33. Précisions que l'auteur vise les processus « psychologique, sociologique, économique, historique, ou politique », alors que, comme la théorie des contraintes juridiques le prouve, des faits exclusivement juridiques, peuvent expliquer la norme, c'est-à-dire l'interprétation authentique. Par exemple, un précédent de la Cour de cassation peut s'analyser comme un fait purement juridique qui peut expliquer une décision ultérieure de la juridiction (c'est-à-dire une norme), sur ce point cf. *infra* n°347.

²⁵³ L. Duguit, « Les doctrines juridiques objectivistes. Extrait de la Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Etranger (Oct.-Nov.-Déc. 1927) », *Revue générale du droit online*, 2014, n°17072.

²⁵⁴ Comme nous le verrons à travers la théorie réaliste de Michel Troper, les normes peuvent être appréhendées comme des faits et cette conception renouvelée du droit ne s'oppose pas à l'étude du discours de l'avocat.

juridiques (morales, économiques, psychologiques, etc.), elle empêche simultanément et inexorablement l'étude d'autres faits, dépendants du système juridique, qui préparent voire qui expliquent l'apparition d'une norme. Même s'il entend la défendre, Xavier Magnon formule très clairement cette limite de la conception hylétique : « *le normativisme ne propose qu'une description idéalisée de l'ordre juridique qui ne correspond pas à la pratique du droit et, en particulier, à la réalité du fonctionnement du droit devant les organes d'application* »²⁵⁵. L'auteur propose ensuite des arguments pour justifier le désintérêt du normativisme kelsénien vis-à-vis de la pratique du droit. Il signale notamment que « *la pratique du droit [est] un fait [qui] ne saurait se confondre avec le droit* »²⁵⁶.

Au-delà du fait que cette défense tend à justifier les insuffisances de la conception hylétique du droit par la conception hylétique, elle peut également être écartée, et l'auteur en convient, dès lors que l'on réduit le droit à un ensemble de faits. Si on retient en effet une conception réaliste du système juridique, ce qui est notre cas, plus rien ne s'oppose alors à l'étude des liens qui unissent les faits relevant du système juridique mais qui ne sont pas des normes (comme le discours de l'avocat aux Conseils par exemple) aux faits qui s'analysent comme des normes (les interprétations authentiques des Cours souveraines principalement).

50. Propos conclusifs - En définitive, dans la pensée kelsénienne, l'identification de l'interprétation de l'avocat à un acte de volonté s'établit sur des opérations de qualification inconciliables entre elles et sur une conception de la norme qui empêche de s'intéresser au rôle de l'avocat dans l'élaboration et l'évolution du droit. L'auteur est seulement intéressé par les significations objectives des actes de volonté, si bien que sur le plan scientifique, il s'oppose à l'étude des actes de volonté qui ne produisent pas des normes, alors même que ces actes de volonté prennent parfois place dans le processus qui aboutit à la norme. Ces observations commandent donc de rechercher ailleurs que dans la *Théorie pure* une explication du caractère volitionnel du discours de l'avocat.

²⁵⁵ X. Magnon, « En quoi le positivisme - normativisme- est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 274.

²⁵⁶ *Ibid.*

Section 2. L'adoption de l'explication réaliste

51. Réalisme français, la théorie réaliste de l'interprétation - Michel Troper a élaboré « une théorie générale de l'interprétation juridique et ses écrits constituent une œuvre qui invite le juriste formé dans les canons des écoles de droit françaises à modifier sa manière d'envisager cet objet juridique qui lui paraît si familier »²⁵⁷. Sa « théorie réaliste de l'interprétation »²⁵⁸ conduit effectivement à reconsidérer en profondeur notre perception du droit et de son intelligibilité. Il apparaît indispensable de la présenter dès maintenant pour comprendre que l'assimilation de l'interprétation de l'avocat à un acte de volonté résulte d'une proposition plus générale selon laquelle l'interprétation est nécessairement un acte de volonté.

52. Relecture critique de la *Théorie pure du droit* - C'est en démontrant les contradictions internes à la *théorie pure*, par une analyse dont le caractère rigoureux a été unanimement reconnu²⁵⁹, que Michel Troper pose les jalons de sa propre théorie²⁶⁰. Il identifie deux périodes dans la pensée de Kelsen, *l'époque classique* qui correspond à sa conception hylétique des normes et *l'époque tardive* qui marque un tournant vers une

²⁵⁷ O. Cayla, J.-L. Halpérin (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010, *Troper Michel, rubrique rédigée par J.-C. Le Coustumer, p. 579.

²⁵⁸ Ci-après dénommée *TRI*. V. not. M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers réalistes du droit*, PUF Strasbourg, 2000, n°4, p. 51-68, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 69-84.

²⁵⁹ Voir not. les avis d'auteurs qui réfutent pourtant la *théorie réaliste de l'interprétation* : P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits*, n°28, 1999, p. 32 : la relecture de l'œuvre kelsénienne est « d'une implacable rigueur » ; D. de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ*, n°1, 1994, p. 247-266, spéc. p. 248 : « le système de M. Troper pousse la logique du maître de Vienne à ses extrêmes limites » ; O. Pfersmann, « Contre le néoréalisme », *RFDC*, n°50, 2002/2, p. 279-334, spéc. p. 285 : « La TRI est, en outre, l'une des critiques internes les plus vigoureuses de la TPD dont elle cherche à dénoncer les faiblesses argumentatives en lui opposant des conclusions résultant d'une reconstruction immanente. Par là, elle contribue paradoxalement à une réflexion très productive sur l'héritage kelsénien en France et d'une manière plus générale au débat autour de l'épistémologie analytique du droit ».

²⁶⁰ Les rapports entre les travaux de Hans Kelsen et ceux de Michel Troper ne s'analysent pas seulement en termes d'opposition mais également en termes d'attraction. Sur ce point, v. Ch. Leben, « Troper et Kelsen », *Droits*, n°37, 2003, pp. 13-29. L'auteur montre qu'il existe, chez ces auteurs, un consensus d'ordre épistémologique (l'exigence de neutralité axiologique). Il explique aussi comment Michel Troper a défendu Kelsen en repoussant la charge d'Alf Ross qui avait soutenu que le père du normativisme était en réalité un quasi-positiviste (débat autour de la nature de la norme fondamentale, cf. *supra* n°32, spéc. note de bas de page n°200).

conception expressive des normes²⁶¹. Dans une critique de la deuxième édition de la *Théorie pure*, Michel Troper explique en effet comment Kelsen, s'est orienté vers une conception réaliste de l'interprétation, sans en déduire toutes les conséquences logiques²⁶². Selon le père du normativisme, l'interprétation authentique qui associe un acte de connaissance à un acte de volonté, donne naissance à une norme dont la validité dépend de sa conformité à une norme générale supérieure. Pourtant, cette proposition est contredite par Kelsen lui-même lorsqu'il reconnaît que les décisions des juridictions suprêmes « possèdent une validité définitive »²⁶³. En effet, si les décisions des Cours suprêmes ne sont pas contestables, elles peuvent très bien sortir du cadre posé par une norme supérieure, sans que leur validité ne puisse être discutée. De cette impossibilité de nier la validité d'une décision de justice, Michel Troper en déduit alors que le juge suprême jouit en réalité d'une liberté totale dans son activité d'interprète puisque le cadre posé par la loi n'est qu'une illusion dès lors que sa transgression n'emporte aucune conséquence juridique²⁶⁴. Autrement dit, du point de vue des juridictions suprêmes, « il n'y a pas de norme à appliquer, mais seulement un texte. C'est l'interprétation qui en quelque sorte, insère dans ce texte une norme précise »²⁶⁵. La norme n'est donc pas à rechercher dans les textes, mais dans leurs interprétations.

²⁶¹ L'auteur insiste sur le fait que l'inclinaison vers une conception expressive des normes est survenue trop tardivement pour avoir été pleinement exploitée. V. M. Troper, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », in Christophe Grzegorzczak, Paul Amselek (Dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 57, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 60 ; v. égal. A. Ross qui soutient que le père du normativisme a été influencé par son expérience américaine : A. Ross, « Qu'est-ce que la justice ? selon Kelsen » in *Introduction à l'empirisme juridique : textes théoriques*, trad. É. Millard, E. Matzner, Paris Bruxelles, L.G.D.J. Bruylant, 2004, p. 129 et s. ; v. contra, P. Amselek, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 33 et s. : l'auteur repousse radicalement cette idée selon laquelle Kelsen se serait tourné vers une théorie volontariste du droit, v. spéc. p. 42 : « On chercherait en vain, en tout cas, un changement tardif d'ontologie chez Kelsen : sa conception des normes juridiques n'a pas varié d'un iota après la deuxième (et même après la première) édition de la *Théorie pure du droit*. Il suffit de lire la *Théorie générale des normes*, son œuvre ultime publiée à titre posthume, pour s'en convaincre ».

²⁶² M. Troper, « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, tome 30, 1985, p. 95, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, pp. 81-82 à propos de Kelsen : « sa propre théorie de l'interprétation, présentée en appendice à la théorie pure, dans sa deuxième édition devait conduire à des conclusions analogues à celles des réalistes » dans la mesure où il admettait que l'application du droit supposait une interprétation comme acte de volonté.

²⁶³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 358.

²⁶⁴ Sur ce point, cf. *infra* n°312.

²⁶⁵ M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 142, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 293 et s.

53. Définition tropérienne du droit et son incidence sur l'interprétation - En démontrant que la validité objective de la norme n'est pas antérieure à l'interprétation des textes, l'auteur de la *TRI* ouvre la voie à une nouvelle définition de la norme en faisant de ladite interprétation un concept clé de l'explication du système juridique.

Comme nous le montrerons, selon Michel Troper, l'énoncé textuel (Constitution, loi, règlement etc.) n'est pourvu d'aucune signification objective de telle sorte que l'interprétation est toujours un acte de volonté de la part de son auteur, qui attribue subjectivement un sens à cet énoncé. La question devient alors celle de savoir lequel, parmi tous les actes d'interprétation d'un énoncé, est à l'origine d'une norme. Sur ce point, l'auteur distingue les interprétations authentiques émanant des juridictions suprêmes, des interprétations « *dogmatiques* », émanant principalement des universitaires et des avocats. Dans la mesure où seules les premières produisent des effets juridiques indiscutables, ce sont les seules à pouvoir être à l'origine de normes. C'est ce qu'il affirme en posant que si le droit « *est non pas l'acte de volonté du législateur, ni le texte publié au Journal officiel, mais la norme que ce texte contient, c'est le juge qui énonce le droit et non le législateur* »²⁶⁶. En somme, le texte peut donner lieu à deux sortes d'interprétations : les interprétations authentiques, créatrices de droit et les interprétations dogmatiques, seulement susceptibles d'influer sur la création du droit.

54. En posant que le droit se trouve dans l'interprétation des juges suprêmes puisque le texte ne contient aucun sens qui peut être connu des interprètes, la *TRI* apporte donc un double éclairage sur le discours de l'avocat. Puisqu'il est une interprétation, il est nécessairement fonction de la volonté (§1), et dans la mesure où il intervient avant l'interprétation authentique, c'est-à-dire avant la norme, rien ne s'oppose à ce qu'il fasse l'objet d'une étude théorique (§2).

²⁶⁶ M. Troper, « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 525, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 85 et s.

§1. Le discours de l'avocat : une interprétation « dogmatique », nécessairement fonction de la volonté

55. Selon la TRI, l'interprétation de l'avocat est fonction de la volonté et relève de l'activité dogmatique. Elle est volitionnelle car l'interprétation n'est jamais une activité de la connaissance et elle est dogmatique car, contrairement à l'interprétation authentique, elle ne produit pas des normes en vigueur. Cette qualification repose donc sur une conception moniste de l'interprétation (A) et une perception duale de ses résultats (B).

A. Une qualification fondée sur une conception moniste de l'interprétation

56. Contrairement à Kelsen qui soutenait que l'interprétation pouvait être fonction de la connaissance, Michel Troper ramène l'interprétation à un acte de pure volonté et ce, quel que soit son auteur (2), en prouvant que les énoncés textuels²⁶⁷ ne contiennent aucune signification qu'un acte de connaissance permettrait de découvrir (1).

1. Le point de départ de la qualification : le principe d'indétermination textuelle

57. **Les énoncés textuels dépourvus de significations intrinsèques** - L'une des prémisses essentielles de la théorie réaliste de l'interprétation consiste à démontrer que les énoncés textuels comme la Constitution, les lois ou les règlements sont dépourvus de significations. Selon Michel Troper, ces textes ne contiennent en effet « *aucun sens à découvrir* »²⁶⁸, que ce soit d'un point de vue subjectif ou objectif.

58. **L'impossibilité d'identifier ou d'imposer l'intention de l'auteur du texte** - Le sens subjectif d'un énoncé textuel correspondrait à l'intention de celui qui émet un énoncé textuel. Or, cette intention est impossible à déterminer car elle n'émane pas d'« *un sujet psychique* » unique²⁶⁹. Par exemple, lorsque le Parlement vote une loi, celle-ci peut être de son initiative, mais peut également avoir été préparée par le gouvernement. Dans cette

²⁶⁷ Il faut entendre par énoncé textuel, les textes à prétention normative que sont notamment la Constitution, les lois et les règlements.

²⁶⁸ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers réalistes du droit*, PUF Strasbourg, 2000, n°4, p. 54, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 72.

²⁶⁹ *Ibid.*, p.54.

hypothèse, la loi aura été élaborée par une autorité et votée par une autre.

De plus, même si on ambitionne de découvrir l'intention d'un Parlement à propos d'une loi qu'il aurait lui-même élaborée, il serait impossible de dégager une seule volonté²⁷⁰. Les intentions des parlementaires sont plurielles et parfois même incompatibles entre elles. De la même façon, si une Constitution est adoptée par référendum, « *l'auteur est alors le corps électoral et il est bien évidemment impossible de découvrir une intention commune aux millions d'électeurs* »²⁷¹.

En conséquence, rechercher l'intention du législateur apparaît être une vaine entreprise et même si elle était fructueuse, l'intention alors dégagée serait nécessairement fixée dans le temps, incapable d'anticiper et d'embrasser les évolutions de la société de sorte qu'elle pourrait toujours être écartée par le juge. Depuis son entrée en vigueur, le Code civil a ainsi été l'objet d'interprétations judiciaires qui viennent concurrencer voire contrarier l'intention de ses auteurs. Le destin de l'article 1384 alinéa 1^{er} en fournit une bonne illustration. Celui-ci dispose qu' « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». À l'origine, cette disposition aurait été conçue par les rédacteurs du Code Napoléon comme une simple transition entre les articles 1382 et 1383 qui énonçaient les régimes du fait personnel et les dispositions suivantes qui visaient les régimes spéciaux de responsabilité²⁷². La Cour de cassation lui a pourtant donné un sens que ses auteurs auraient été incapables d'imaginer. En interprétant cette disposition comme posant un principe général de responsabilité du fait des choses, elle lui a effectivement attribué une signification incompatible avec l'intention du législateur, signification qui n'a d'ailleurs jamais été remise en cause²⁷³.

59. L'absence de signification objective du texte - Au delà du fait que l'intention de l'auteur d'un texte est, sinon difficile à identifier, au moins inapte à s'imposer au juge, le texte n'a pas non plus de signification objective. Là où Kelsen s'attache à démontrer qu'il est

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 54.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 54.

²⁷² A. Tunc, « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », *RIDC*, vol. 27, 1975, p. 817-830, spéc. p. 824 : « *Le premier alinéa de l'article 1384 de notre Code civil, tout comme l'article 2317 du vôtre, sont des textes qui — situation sans équivalent dans tout le Code — n'avaient aucune signification et ne visaient, par souci d'élégance de style, qu'à constituer une transition* ».

²⁷³ V. Civ. 16 juin 1896, *Teffaine*, *DP* 1897, I, p. 433, note Saleilles ; S. 1897, I, p. 17, note A. Esmein ; Ch. réun., 13 févr. 1930, *jeand'heur*, *DP* 1930, I, p. 57, rapp. Le Marc'hadour, concl. Matter, note Ripert ; S. 1930, I, p. 121, note P. Esmein ; *GAJC*, t. 2, 12^e éd., 2008, Dalloz, n° 199.

possible de distinguer la volonté de l'auteur d'une législation et la signification objective de cette législation, la *TRI* retient au contraire que cette dissociation est impossible.

Le sens objectif d'un énoncé textuel serait « *celui qui ressort des mots du texte ou du contexte systémique dans lequel il figure ou encore de la fonction sociale ou économique que doit remplir la norme* »²⁷⁴. Or, comme le signale Michel Troper, l'expérience démontre que ce sens objectif n'existe pas, puisque l'interprétation suppose nécessairement des évaluations, des choix qui dépendent des préférences de l'interprète. Pour preuve, le juriste sait que selon la méthode d'interprétation choisie (interprétation littérale, *a contrario*, téléologique etc.), les solutions obtenues peuvent être très différentes. Ainsi, ces techniques d'interprétation, alors même qu'elles ont été imaginées pour objectiver le processus de détermination du sens d'un texte, révèlent paradoxalement la liberté dont jouit en réalité l'interprète puisque c'est sa décision « *de faire prévaloir une méthode sur une autre qui seule produit le sens* »²⁷⁵.

Au final, les textes ne contiennent aucune signification qui ressortirait de l'intention de leurs auteurs ou de l'univocité de leur contenu. De ce fait, ils ne sont pas des normes, ils préexistent à la norme. Par ailleurs, si les textes sont indéterminés, il ne saurait en résulter une hiérarchie textuelle, cette hiérarchie étant en réalité « *interne au discours de l'interprète* »²⁷⁶.

60. Des résultats radicaux fondés sur un raisonnement scientifique - Ces propositions théoriques ont de quoi surprendre car elles aboutissent à des résultats sans concession. En expliquant que le texte est insignifiant et qu'il n'a en conséquence aucune valeur normative, elles invitent le juriste à porter un regard nouveau sur son rôle et l'obligent à s'interroger sur l'objectivité de son activité. Certains auteurs se sont élevés contre cette conception. Denys de Béchillon en a dénoncé la radicalité en opérant un rapprochement entre la *TRI* et l'École de l'Exégèse pour montrer que dans un cas comme dans l'autre, ces doctrines sont trop catégoriques pour être recevables²⁷⁷. Dans le même sens, Pascale Deumier reproche à la *TRI* son absolutisme en expliquant que « *le projet d'un monopole du juge n'est en définitive pas plus tenable que celui d'un monopole de la règle* »²⁷⁸.

²⁷⁴ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », art. préc., p. 55.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 55.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 63. Sur ce point v. égal. M. Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in É. Zoller (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215 et s., rééd. in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 139 ; cf. égal. *infra* n°317.

²⁷⁷ D. de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ*, n°1, 1994, p. 253 : l'auteur, après avoir critiqué la radicalité de la thèse tropérienne, la compare à celle de l'école de l'Exégèse « *S'agissant de l'interprétation, il n'était pas question d'en rester à l'École de l'Exégèse* », pour démontrer la radicalité de ces deux conceptions du droit.

²⁷⁸ P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2013, n°81-82.

Cette critique nous semble pourtant infondée. Déjà, elle repose sur l'idée, en soi discutable, que la vérité scientifique se trouve loin des « *pôles extrêmes* »²⁷⁹. Surtout, elle nous semble s'appuyer sur une comparaison inconsistante entre deux théories qui sont fondamentalement différentes. Certes, les résultats auxquels aboutissent ces deux écoles de pensée peuvent être perçus comme exclusifs : les Exégètes identifient le droit à la loi alors que l'école réaliste retient au contraire que puisque la loi est insignifiante, le droit correspondant aux interprétations des Cours souveraines. Mais en dehors de cette similitude, tout oppose ces deux courants de pensée.

L'École de l'Exégèse est un nom qui a été attribué²⁸⁰ pour décrire un mouvement doctrinal existant depuis la naissance du Code civil, donc de 1804, jusqu'en 1900 environ. Elle a réuni des civilistes français, aux opinions parfois divergentes²⁸¹, autour d'un dessein commun, interpréter le Code civil au plus proche de sa lettre, de son esprit ou à défaut en se référant aux usages. Ces interprétations étaient fondées sur des méthodes prétendument objectives qui laissent penser que chaque texte est doté d'un sens qu'il suffirait de dégager par le recours à la logique²⁸². Bien antérieure au mouvement réaliste, l'École de l'Exégèse ne peut en fait pas prétendre à la même rigueur scientifique « *dans la mesure où elle laisse une place non négligeable à l'expression des opinions personnelles* »²⁸³ de ses représentants. Tous ne retiennent d'ailleurs pas la même définition du droit et certains vouent un culte au Code civil

²⁷⁹ D. de Béchillon, art. préc., p. 253 : « *La vérité ne se situe peut-être pas totalement de son côté, parce qu'elle ne se situe presque jamais aux pôles extrêmes – et antagonistes – où la pensée a naturellement tendance à la situer. Son système pêche par sa radicalité même* ».

²⁸⁰ Le terme est apparu sous la plume de Bonnet, v. J. Bonnet, *L'école de l'exégèse en droit civil : Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924.

²⁸¹ V. Sur ce point l'analyse de Philippe Rémy qui conteste le vocable d'« école » à propos des exégètes, car ce mouvement réunit des auteurs dont les opinions diffèrent, qui se querellent notamment à propos des méthodes d'interprétation du Code civil à adopter : Ph. Rémy, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, n°1, 1985, p. 115 et s., spéc. p. 118.

²⁸² V. not. Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. I, Paris, Imprimerie générale, A. Lahure Editeur, 1880, p. 136 : « *L'interprétation, c'est l'explication de la loi ; interpréter c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n'est pas changer, modifier, innover ; c'est déclarer, c'est reconnaître. (...) il faut qu'elle [l'interprétation] n'ait pas la prétention d'avoir inventé* ».

²⁸³ D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF Lamy, 2003, *Exégèse (École), rubrique rédigée par J.-L. Halpérin, p. 684.

au motif qu'il aurait intégré le droit naturel²⁸⁴. Autrement dit, ces auteurs « *identifient le droit positif à la loi (...) sans s'interroger sur les fondements philosophiques du droit* »²⁸⁵.

À l'inverse, la *TRI* est une théorie positiviste qui retient une seule et même définition du droit, définition qui est partagée par tous ceux qui se réclament de cette école. En ce sens, cette théorie ambitionne d'expliquer et de décrire le phénomène juridique en se fondant sur des postulats qu'elle vérifie. Pour le dire autrement, Michel Troper ne présume pas l'absence de normativité de la loi, il tente de la démontrer à la différence des Exégètes qui ne démontrent ni même n'interrogent l'identification du droit à la loi. C'est donc au terme d'un raisonnement rigoureux que l'auteur de la *TRI* retient le principe d'indétermination textuelle, principe qui engendre plusieurs conséquences.

2. Les conséquences du principe d'indétermination textuelle sur la perception de l'interprétation

61. L'interprétation de la législation, un acte de pure volonté - « *Préalablement à l'interprétation, les textes n'ont encore aucun sens mais sont seulement en attente de sens* »²⁸⁶. Selon Michel Troper, l'interprétation de la législation ne peut pas, contrairement à ce que défendait Kelsen²⁸⁷, être fondée sur la connaissance. Quelle que soit la qualité de l'interprète, il lui est impossible de décrire, de recommander, ou d'opter pour une signification textuelle qui préexisterait à son activité. Le texte n'est qu'un support abandonné à la subjectivité de ses interprètes. D'ailleurs, s'il était doté d'un sens, « *il serait absurde de chercher à déterminer le sens d'un sens* »²⁸⁸. Ainsi, interpréter ce n'est pas *connaître* le sens

²⁸⁴ Certains exégètes étaient très attachés à la séparation entre le droit et la morale (Aubry et Rau). Alors que d'autres allaient effectivement jusqu'à considérer que le Code civil avait absorbé le droit naturel : v. not. V. Marcadé, *Eléments du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code civil : accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence*, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1842, p. 14 : « *parmi les lois posées par l'homme, il en est qui ne sont que la reproduction et la conséquence de lois naturelles préexistantes* » et à l'auteur d'illustrer ensuite son propos à partir de certaines dispositions du Code civil ; A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil. Tome I*, Paris, G. Thorel, 1849, p. 2 : « *Nous avons dit que la loi est la règle des actions humaines ; mais pour prescrire des règles aux actions d'un être libre et doué de raison, on sent assez qu'il faut avoir sur lui une supériorité qui, dans le principe, ne peut appartenir qu'à Dieu. C'est de Dieu en effet qu'émanent les premières lois* ».

²⁸⁵ D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF Lamy, 2003, *Exégèse (École), rubrique rédigée par J.-L. Halpérin, p. 685. Le caractère dogmatique de la pensée exégétique a fait l'objet de plusieurs études : v. not. L. Husson, « *Analyse critique de la méthode de l'Exégèse* », *APD*, tome 17, p. 115 et s. ; « *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'Exégèse* », *RTD Civ.*, 1976, p. 431 et s. L'auteur révèle, par les contradictions qu'elles contiennent, le défaut de scientificité des interprétations de la doctrine civiliste de l'époque.

²⁸⁶ M. Troper, « *Une théorie réaliste de l'interprétation* », in *Dossiers réalistes du droit*, PUF Strasbourg, 2000, n°4, p. 55.

²⁸⁷ Cf. *supra* n°38.

²⁸⁸ M. Troper, *art. préc.*, p. 56.

déjà présent dans le texte, mais *choisir* un sens à ce texte, « *interpréter, c'est vouloir* ». Prescriptive, l'activité d'interprétation est donc dépourvue de toute scientificité. Selon la *TRI*, les juristes, qu'ils soient universitaires ou praticiens, interprètent les lois selon leurs préférences.

62. L'interprétation de l'avocat, un acte de pure volonté - C'est en effet sans surprise que Michel Troper caractérise le discours de l'avocat comme une interprétation qui relève de la volonté de son auteur : « *les énoncés par lesquels des praticiens, par exemple des avocats, affirment que telle loi a telle signification ou que telle situation concrète est régie par telle norme juridique (...) n'ont pu être produits sans évaluation et ont eux aussi une fonction prescriptive, puisqu'ils visent à recommander à un tribunal d'adopter une certaine décision* »²⁸⁹. L'avocat, et par extension, l'avocat aux Conseils, adopte donc, comme tout interprète, une posture prescriptive en vue de donner à la législation invoquée dans le litige un sens conforme à l'intérêt du client. La configuration de tout litige atteste d'ailleurs de cette réalité puisqu'il oppose toujours au moins deux voix discordantes sur la manière dont il faut le résoudre et cette opposition se traduit la plupart du temps par l'attribution de deux significations différentes à un même texte de loi²⁹⁰.

63. Une qualification préservant la cohérence de la *TRI* - Contrairement à la présentation kelsénienne, l'opération par laquelle Michel Troper assimile l'interprétation de l'avocat à un acte de volonté, est sans effet sur la cohérence d'ensemble de la *TRI*.

Il faut en effet se souvenir que Kelsen a porté un regard contradictoire sur l'interprétation de l'avocat aux Conseils. Celle-ci n'intervenant que postérieurement à la norme²⁹¹, la *théorie pure* la décrivait pourtant comme un acte de pure volonté. Or, cette qualification n'était pas compatible avec celle que recevait l'interprétation du juge, à laquelle l'auteur prêtait des qualités cognitives. En effet, soit l'énoncé est pourvu de significations, et alors il convient de démontrer pourquoi le juge serait plus enclin à faire usage de ses facultés cognitives que l'avocat pour les découvrir, soit l'énoncé est dépourvu de signification et alors ce sont les

²⁸⁹ M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 339.

²⁹⁰ Pour des illustrations de ce que le débat de cassation oppose, à propos d'un même énoncé législatif, deux significations différentes (celle retenue par les juges du fond et celle préconisée par l'avocat du demandeur), cf. *infra* n°300 et s.

²⁹¹ Parce que selon les incohérences de la théorie kelsénienne de l'interprétation, c'est la norme est non un texte qui fait l'objet d'une interprétation, c'est-à-dire un énoncé législatif pourvu d'un nombre limité de significations objectives, cf. *supra* n°36 et s.

présupposés de la *théorie pure* qui s'affaiblissent. En fait, cette opération de qualification témoigne de la présence de contradictions internes à la théorie normativiste²⁹².

À l'inverse, la proposition par laquelle Michel Troper affirme que l'interprétation de l'avocat est un acte de pure volonté n'entame en rien la cohérence de sa théorie puisqu'elle est conforme au postulat selon lequel les énoncés textuels sont insignifiants : l'interprétation de l'avocat, comme toute interprétation, n'engage que la volonté de son auteur. Pour spécifier ce que représente le discours de l'avocat, la question n'est donc pas de savoir si son interprétation est un acte de connaissance ou un acte de volonté, mais plutôt celle de savoir comment elle se distingue des autres interprétations. C'est dans cette perspective que Michel Troper distingue les interprétations selon leurs résultats.

B. Une qualification reposant sur une conception duale des résultats de l'interprétation

64. Si l'interprétation de l'énoncé textuel s'analyse toujours comme un acte de volonté, toutes les interprétations ne sont pas créatrices de droit. De ce point de vue, l'interprétation de l'avocat est spécifique par rapport à l'interprétation authentique. Elle ne produit en effet qu'une proposition de « *norme applicable* » (1), par opposition à celle de son interlocuteur, la Cour de cassation, qui est à l'origine d'une norme en vigueur (2).

1. L'interprétation de l'avocat à l'origine d'une « norme applicable »

65. **L'interprétation de l'avocat dépourvue d'effet juridique** - Selon Michel Troper l'interprétation de l'avocat est dogmatique. Elle relève d'une activité qui « *vise à organiser et systématiser le droit de manière à déterminer à partir de textes exprimant des règles générales, quels sont les cas auxquels ces règles s'appliquent, et à propos d'un cas donné, quelles sont les règles applicables* »²⁹³. Cette activité, qui occupe principalement les avocats et les universitaires, ne se distingue de l'activité des juridictions suprêmes qu'au regard de son résultat. L'interprétation dogmatique attribue, comme l'interprétation authentique, un sens à un énoncé textuel, mais le système juridique ne reconnaît à ce sens aucun effet juridique.

²⁹² Cf. *supra* n°43 et s.

²⁹³ M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 60.

À titre d'illustration, on peut d'abord citer le débat universitaire qui a entouré la constitutionnalité de la loi relative au mariage pour tous²⁹⁴. Cette législation a abouti à des interprétations diamétralement opposées. Certaines voix se sont élevées pour déclarer, par avance, ce texte inconstitutionnel²⁹⁵, alors que d'autres ont défendu sa conformité à la Constitution²⁹⁶. En toutes hypothèses, aucune connaissance n'aura permis de faire prévaloir une position sur une autre comme certains auteurs l'ont démontré²⁹⁷. Ces positions dogmatiques d'anticipation, dans un sens ou un autre, « *ne sont que l'expression des préférences morales de ceux qui les énoncent et nullement le produit de leur compétence de juristes* »²⁹⁸. Si elles visent à influencer les autorités normatives, elles n'ont créé aucun effet juridique, contrairement à l'interprétation du Conseil constitutionnel, qui a déclaré, de manière définitive, la constitutionnalité de cette législation²⁹⁹.

De la même manière, si le rôle de l'avocat consiste à défendre une interprétation de la loi qui soit conforme à l'intérêt représenté, cette interprétation ne produit aucune norme juridique. Comme le signale en effet Michel Troper, « *l'acte par lequel (...) l'avocat affirme qu'un texte possède telle ou telle signification, ne présente aucun caractère authentique. Elle ne produit aucun effet tant qu'elle n'est pas reprise par une autorité investie de pouvoirs et elle peut toujours être contestée ou coexister avec une interprétation différente* »³⁰⁰.

Ainsi, l'interprétation de l'avocat aux Conseils, comme l'interprétation doctrinale, n'est pas à l'origine d'une norme en vigueur, mais seulement d'une « *norme applicable* »³⁰¹,

²⁹⁴ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 *ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JORF, 18 mai 2013 p. 8253.

²⁹⁵ V. par ex. F.-X. Bréchet, « La constitutionnalité du « mariage pour tous », *JCP G.*, 2012, p. 1388, « Des juristes contre le projet de loi Taubira », *Libération*, 19 mars 2013, P. Delvolvé, « Mariage: Un homme, une femme », *Le Figaro*, 17 déc. 2012.

²⁹⁶ V. par ex. X. Dupré de Boulois et D. Roman, « Le mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 18 nov. 2012, D. Rousseau, « Le mariage pour tous relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 2012, p. 3257 et s.

²⁹⁷ V. not. A. Viala, « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, 2013, chron. n°4, [accessible en ligne uniquement] ; P. Brunet, V. Champeil-Desplats, S. Hennette-Vauchez [et al.], « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler *au nom du Droit* ? », D. 2013, p. 784 et s.

²⁹⁸ M. Troper, « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage-gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, n°1, 2014, p. 76.

²⁹⁹ V. Cons. Const. n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JORF du 18 mai 2013, p. 8281, Rec. Cons. Const. p. 721.

³⁰⁰ M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat*, Paris, 2006, [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 26.

³⁰¹ Cette expression de « *norme applicable* » est utilisée par Michel Troper pour décrire le résultat de l'activité dogmatique, v. « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amslek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 319, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 3 et s. Comme nous le verrons dans des développements ultérieurs, on peut préférer appeler ce résultat « *proposition subjective de norme* », cf. *infra* n°157.

c'est-à-dire qu'elle est la signification d'un énoncé qui ne produit aucun effet juridique, contrairement à l'interprétation authentique.

2. Un élément de distinction avec l'interprétation authentique

66. L'identification d'une interprétation authentique - L'interprétation de l'avocat se différencie des interprétations authentiques car ces dernières sont à l'origine de normes en vigueur. Il apparaît alors indispensable de présenter ce type d'interprétations car non seulement elles sont les seules à créer du droit conformément à la *TRI*, mais également parce qu'elles permettent de mieux comprendre, en arrière-plan, ce qui les différencie de l'interprétation de l'avocat. Comme le souligne Michel Troper, pour identifier une interprétation authentique, il ne faut pas s'interroger sur la qualité de l'interprète mais sur la qualité de l'interprétation³⁰². Il ne faut pas non plus se demander si le sens découvert est le sens véritable³⁰³, mais se demander si ce sens produit ou non des effets dans le système juridique. Selon Michel Troper, l'interprétation authentique, seule créatrice de droit, se caractérise par deux critères cumulatifs : le système juridique lui fait produire des effets et elle est irréfutable.

67. La production d'effets juridiques - L'interprétation authentique est « l'interprétation à laquelle l'ordre juridique fait produire des effets »³⁰⁴. Loin d'affirmer qu'une interprétation produit des effets juridiques lorsque les acteurs juridiques doivent s'y conformer³⁰⁵, la *TRI* retient qu'une interprétation produit des effets juridiques lorsque les acteurs juridiques sont effectivement contraint de s'y soumettre, par exemple lorsqu'il « existe des procédures permettant [à l'auteur de l'interprétation authentique] de sanctionner les

³⁰² M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 335-353, v. spéc. p. 342 où l'auteur repousse une critique d'Otto Pfersmann en indiquant qu'elle repose sur une confusion selon laquelle « c'est la qualité de l'organe qui détermine la qualité de l'interprétation » alors que « ce n'est pas la qualité de l'organe qui fait l'interprétation authentique, c'est l'interprétation authentique qui fait l'organe » (p. 348).

³⁰³ Sur ce point v. D. de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ*, n°1, 1994, p. 250 : « Auteur du sens, l'interprète est donc auteur de la norme ». L'auteur décrit fidèlement la *théorie réaliste*, en reconnaissant l'acte d'interprétation comme un pur acte de volonté et en s'intéressant ensuite aux critères d'authenticité, sur lesquels, en revanche, il se méprend. Cette citation crée la double confusion dans l'esprit du lecteur qu'il y aurait un sens et non plusieurs sens possibles, et qu'il suffirait d'être interprète pour être auteur d'une norme. Une formulation plus fidèle de la pensée tropérienne pourrait être : *Auteur d'un sens authentique, l'interprète est donc auteur de la norme*.

³⁰⁴ M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat*, Paris, 2006, [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 28 ; v. également l'expression « *efficacité interprétative* » retenue par O. Pfersmann, in « Contre le néoréalisme. Pour un débat sur l'interprétation », *RFDC*, n°50, 2000, p. 289.

³⁰⁵ Selon cette conception, la loi de Hume n'est pas transgressée puisque les normes sont appréhendées comme des faits. V. en ce sens la conception expressive des normes, cf. *infra* n°74 et 76.

comportements contraires »³⁰⁶. Autrement dit, les effets de cette interprétation sont tels que « les autres autorités sont tenues d'attribuer à un énoncé la même signification que l'interprète authentique »³⁰⁷. C'est le cas des interprétations de la Cour de cassation. Ce phénomène est particulièrement saillant devant son Assemblée plénière, lorsque cette formation, saisie d'un second pourvoi suite à une résistance des juges du fond, est en mesure d'imposer son interprétation aux juridictions inférieures qui n'ont plus le pouvoir de la remettre en cause³⁰⁸. Même en cas de renvoi, la juridiction du fond doit effectivement se conformer à la « doctrine »³⁰⁹ de la Cour de cassation. Au contraire, les interprétations formulées par les universitaires, les avocats ou encore les justiciables ne sont pas authentiques car le système juridique ne leur fait pas produire des effets sauf lorsqu'elles sont reprises par une interprétation authentique, mais dans cette hypothèse, elles produiront des effets pour cette seule et même raison³¹⁰.

68. L'irréfutabilité - L'interprétation authentique est également irréfutable en ce sens qu'elle n'est pas susceptible de recours. Cette caractéristique permet de spécifier ce qu'elle représente par rapport aux autres interprétations. Déjà, et à l'évidence, elle se distingue de l'interprétation d'un avocat, qui peut être réfutée par la partie adverse ou écartée par le juge ou encore de l'interprétation d'un universitaire qui peut être remise en cause par un autre universitaire, ignorée ou écartée par le juge.

Par ailleurs, elle ne peut pas provenir d'une juridiction inférieure puisque son interprétation peut faire l'objet d'un recours. Comme le souligne en effet Michel Troper, dans l'opération de détermination des interprétations authentiques, « il convient d'exclure les interprétations rendues par les juridictions inférieures, c'est-à-dire les juridictions du fond »³¹¹ car même si elles peuvent produire des effets, ces effets peuvent être réfutés. Il ne faut effectivement pas confondre l'aptitude à être réfuté, observable *a priori*, qu'on peut appeler la *réfutabilité*, et la

³⁰⁶ M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 352.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 350.

³⁰⁸ V. sur ce point S.-L. Texier, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116 et s. et sur les compétences spécifiques de l'Assemblée plénière cf. *infra* n°288, n°344 et n°418.

³⁰⁹ C'est la Cour de cassation qui utilise cette expression à propos de sa jurisprudence antérieure, cf. *infra* n°344, n°401 et n°404.

³¹⁰ On peut citer une illustration emblématique de cette hypothèse dans l'arrêt Com., 10 juil. 2007, n°01-14768, *Bull. civ.* IV, n°188. La Cour de cassation pose, à propos de l'article 1134 du C. civ. et du pouvoir des juges une distinction entre « l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle » et la « substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ». Dans son communiqué relatif à l'arrêt, la Haute juridiction indique expressément que cette distinction, inédite en jurisprudence, se fonde sur les analyses doctrinales proposées par Ph. Malaurie, P. Aynès, Ph. Stoffel-Munck et P. Ancel, v. Communiqué relatif à l'arrêt n°966 du 10 juil. 2007, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation.

³¹¹ M. Troper, « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge. Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat*, Paris, 2006, [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 28.

réfutation qui se produit ou qui ne se produit pas. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une décision d'appel n'est pas réfutée par une Cour souveraine (sur saisine du justiciable) qu'elle est irréfutable. *A priori*, les décisions des juridictions du fond sont toujours réfutables alors que les décisions des hautes juridictions ne le sont jamais.

69. L'auteur d'interprétations authentiques dans l'ordre judiciaire : la Cour de cassation - Il faut en déduire que les interprétations authentiques sont principalement produites par les juridictions suprêmes³¹², car leurs interprétations ne sont pas susceptibles d'être directement remises en cause par une autre juridiction³¹³. En droit privé, ou plus précisément au sein de l'ordre judiciaire, c'est la Cour de cassation qui est l'interprète authentique. En matière civile, cette juridiction se compose de cinq chambres (trois chambres civiles, une chambre sociale et une chambre commerciale) qui ne sont pas hiérarchisées de sorte que l'interprétation authentique de l'une n'entache en rien le caractère authentique de l'autre. Deux interprétations authentiques contraires peuvent ainsi coexister au

³¹² Dans l'ordre administratif, c'est le Conseil d'État qui est l'interprète authentique et dans l'ordre judiciaire, c'est la Cour de cassation. D'autres acteurs ont parfois la qualité d'interprète authentique. Sur ce point v. M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers réalistes du droit*, PUF Strasbourg, 2000, n°4, p. 61 : l'auteur cite l'exemple du Président de la République qui pourrait interpréter l'article 16 de la Constitution qui dispose : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des Présidents des Assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ». Ce faisant, il s'attribuerait le pouvoir d'interpréter la Constitution tout en lui reconnaissant le caractère de norme (interprétation du statut du texte interprété et de l'interprète) et attribuerait à l'article 16 tel ou tel sens en fonction des circonstances.

³¹³ Il faut toutefois réserver le cas, déjà survenu, d'une question prioritaire de constitutionnalité tendant à remettre en cause la constitutionnalité d'une interprétation de la Cour de cassation devant le Conseil constitutionnel. La Cour de cassation a d'abord refusé de transmettre ses interprétations au Conseil (Ass. plén., QPC, ass. 19 mai 2010, n°09-70.161 : « Attendu qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée déduit une telle atteinte non du texte même d'une disposition législative mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité ») puis s'y est résolue à deux reprises (V. Civ. 1^{ère}, QPC, 20 févr. 2013, n°12-20.544, Civ. 1^{ère}, QPC, 17 sept. 2014, 14-13.236). Le Conseil constitutionnel a toutefois considéré les interprétations de la Cour de cassation comme conformes à la Constitution sans émettre de réserve (Cons. const. n°2013-311 QPC du 17 mai 2013, *Société Écocert France*, JORF du 19 mai 2013, p. 8379 ; Cons. const. n°2014-430 QPC 21 nov. 2014, - *Mme Barbara D. et autres*, JORF 23 nov. 2014, p. 19678). Si tel n'avait pas été le cas, soit l'interprétation aurait été déclarée inconstitutionnelle (et alors l'interprète authentique devient le Conseil constitutionnel), soit le Conseil aurait formulé des réserves d'interprétation (et alors la Cour de cassation, même si elle est fortement contrainte d'adopter l'interprétation suggérée par le Conseil, reste l'interprète authentique car elle conserve le dernier mot). La question reste toutefois entière et les analyses doctrinales sur ce point sont nombreuses et éclairantes : A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, juil. 2011, n°4, p. 966 : « Passant de la puissance à l'acte, le Conseil n'a plus seulement à évaluer un texte dont il extrait, en la suggérant aux autorités administratives et judiciaires, la potentialité normative conforme à la Constitution ; il peut désormais jauger, par rapport à la Constitution, la réalité normative produite par ces mêmes autorités » ; v. égal. P. Deumier, « QPC : la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD civ.*, 2010, p. 508 et s. ; N. Molfessis, « La jurisprudence supra-constitutionnelle », *JCP G.*, p. 1955 et s.

sein de la Cour de cassation, mais également au sein du système juridique. Le Conseil d'État peut par exemple, sur une même question de droit opter pour une réponse différente de celle de la Cour de cassation³¹⁴. Ceci s'explique par le fait que ces autorités « *ne soient pas directement hiérarchisées et que l'énoncé interprétatif de l'une fasse l'objet d'une interprétation que la première désapprouve, sans pour autant pouvoir la sanctionner* »³¹⁵ et cette contrariété dure tant que l'interprétation de l'une ne l'a pas emporté sur celle de l'autre. La Cour de cassation est donc, dans l'ordre judiciaire, l'auteur des normes dans la mesure où elle attribue aux textes de lois une signification qu'elle est en mesure d'imposer dans l'ordonnement juridique.

70. L'autodétermination de ses compétences par la Cour de cassation - Cette présentation a été remise en cause par plusieurs auteurs au motif qu'elle ne parviendrait pas à « *expliquer l'apparition – parfaitement objective – d'une institution juridique si les énoncés prescrivant cette apparition sont eux-mêmes dépourvus de toute objectivité* »³¹⁶. En d'autres termes, même si les Chambres civiles de la Cour de cassation interprètent la loi par des décisions qui ne peuvent pas être réformées, il faut bien qu'un texte leur ait d'abord reconnu cette compétence. Ainsi, selon ces universitaires, contrairement à ce que soutient Michel Troper, le texte serait au moins doté d'une signification objective, celle d'habiliter les juridictions suprêmes du pouvoir d'émettre des interprétations authentiques.

À ces analyses critiques, Michel Troper répond que ce sont les cours suprêmes qui déterminent elles-mêmes le principe et l'étendue de leurs compétences car elles n'interprètent pas uniquement le contenu de l'énoncé textuel, elles en déterminent également le statut.

³¹⁴ C'est par exemple le cas de la règle de concentration des moyens qui ne s'applique que devant les juridictions judiciaires, la Cour de cassation restant insensible à l'argumentaire des avocats demandant une harmonisation des procédures sur ce point, V. par ex. 2^{ème} branche du moyen unique au pourvoi n°13-23.962 (Civ. 2^{ème}, 16 oct. 2014, rejet): « *le principe dit de concentration des moyens selon lequel il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci, règle prétorienne spécifique à la procédure devant les juridictions judiciaires, ne s'applique pas devant les juridictions administratives ; que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, l'autorité attachée à la décision même définitive rendue sur une action en responsabilité sans faute ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur d'une action en responsabilité pour faute* ».

³¹⁵ M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 353.

³¹⁶ D. de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ*, n°1, 1994, p. 263; v. égal. E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique. Pour un débat sur l'interprétation », in *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat, Paris, 2006 [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 44: « *si l'interprète est le seul maître, en droit, de son habilitation (et donc le seul maître de ce qu'est le droit qui détermine son habilitation, puisqu'il n'y a pas de norme avant qu'il ne se prononce, tandis qu'il n'a lui-même aucune norme de droit à connaître et à respecter pour dire ce qui est le droit, ni même pour reconnaître ce qui est une norme en général), il n'y a plus, objectivement, ni norme ni ordre juridique qui soient objectivement connaissable et obligatoire : le droit est donc à proprement parler liquidé* ».

Ce faisant, l'interprète authentique « *détermine à la fois les limites de la compétence du législateur et la sienne propre* »³¹⁷. Par exemple, lorsque dans l'arrêt *Jacques Vabre*³¹⁸, la Cour de cassation décide que le Traité de Rome a une autorité supérieure à celle de la loi, elle en détermine le statut et surtout, sans qu'aucun texte ne le prévoit expressément, elle se déclare compétente pour examiner la conventionalité des lois. Les exemples pourraient être multipliés à l'infini puisqu'à chaque fois que la Cour de cassation interprète une loi, elle se reconnaît *de facto*, et souvent implicitement, le pouvoir de le faire.

71. Le résultat de l'interprétation authentique, une norme - La décision, résultat de l'interprétation authentique, « *est une norme appartenant au niveau de l'énoncé interprété de sorte qu'une Cour chargée, comme notre Cour de cassation, de contrôler l'application des lois, donc de les interpréter, doit être considérée comme disposant d'un pouvoir législatif* »³¹⁹.

Plusieurs auteurs se sont interrogés sur la stabilité d'une norme dans ce contexte d'interprétation souveraine. Certains universitaires ont en effet soutenu que cette interprétation peut, à très court terme, être concurrencée par celle des organes chargés de l'exécution de la décision juridictionnelle (huissiers, services de police etc.) qui sont « *dans le processus normatif qu'il clôture eux-mêmes, (...) les derniers à intervenir* »³²⁰ de sorte que la norme, résultat de l'interprétation authentique, pourrait *in fine* être interprétée par ceux qui ont la mission de la rendre effective.

Cet argument fait pourtant fi des caractéristiques de l'interprétation authentique et semble dénoter une confusion entre l'interprétation *irréfutable* des juridictions suprêmes et l'interprétation *ultime* des organes d'application. Cette confusion est manifeste dans l'argumentation d'Étienne Picard, lorsqu'il affirme que même si l'interprétation des organes d'application peut toujours être soumise au contrôle des juridictions suprêmes, il n'en reste pas moins vrai que « *le dernier mot du droit, prononcé par le juge, même pour la deuxième*

³¹⁷ M. Troper, « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers réalistes du droit*, PUF Strasbourg, 2000, n°4, p. 57.

³¹⁸ Mixte, 24 mai 1975, *Soc. des Cafés Jacques Vabre*, n°73-13.556, D. 1975, p. 497, concl. A. Touffait : « Mais attendu que le traité du 25 mars 1957 qui, en vertu de l'article susvisé de la Constitution, a une autorité supérieure à celle des lois, institue un ordre juridique propre intégré à celui des États membres ; qu'en raison de cette spécificité, l'ordre juridique qu'il a créé est directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions ».

³¹⁹ M. Troper, art. préc, p. 62.

³²⁰ E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique. Pour un débat sur l'interprétation », in *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat, Paris, 2006 [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 49 ; v. égal. D. de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ*, n°1, 1994, p. 247-268 à propos de l'inversion de la hiérarchie des normes.

ou la N^{ème} fois, doit encore être appliqué effectivement »³²¹. L'auteur admet en effet de lui-même que l'interprétation des organes d'application ne peut pas être authentique car même irréfutée, elle n'est jamais irréfutable³²². Ainsi, ce n'est pas l'ultime interprétation qui doit être considérée comme une norme, mais seulement l'interprétation authentique, c'est-à-dire l'interprétation qui produit des effets juridiques irréfutables grâce au pouvoir de son auteur de sanctionner les interprétations concurrentes ou contraires.

72. Propos conclusifs - Ces digressions relatives à l'interprétation authentique étaient nécessaires pour comprendre comment l'interprétation de l'avocat est décrite dans la TRI. Comme l'interprétation authentique, elle procède de la volonté, mais à la différence de celle-ci, elle ne produit qu'une norme applicable. Partant, on pourrait penser que, ne produisant pas du droit, le discours de l'avocat n'est d'aucun intérêt scientifique pour la TRI, mais ce serait sans compter sur les perspectives offertes par la conception expressive des normes.

§2. Le discours de l'avocat : une interprétation susceptible d'étude théorique

73. Contrairement à la *Théorie pure*, la TRI ne s'oppose pas de manière aprioristique à l'étude scientifique du discours de l'avocat. Même si ce discours n'est ni scientifique, ni à l'origine d'une norme en vigueur, les fonctions assignées à la science par Michel Troper permettent d'inclure l'étude des discours dogmatiques, et en conséquence le discours de l'avocat, dans l'explication du processus qui aboutit à la création d'une norme en vigueur (A). Plus encore, nous montrerons que l'étude de ce discours présente un véritable intérêt pour la *théorie des contraintes juridiques*³²³, théorie complémentaire à la TRI, dans la mesure où il intervient antérieurement à l'activité normative de la Cour de cassation (B).

³²¹ E. Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique. Pour un débat sur l'interprétation », art. préc., p. 50.

³²² V. M. Troper, art. préc., p. 63 : « Quant à l'idée que c'est le policier qui interpréterait la décision du tribunal, elle n'est pas fausse, mais on ne peut s'en tenir là et oublier que cette interprétation n'est pas authentique. Elle est susceptible d'être contestée et anéantie par celle d'un autre tribunal » ; cf. égal. *supra* n°68.

³²³ M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005.

A. Le renouvellement des fonctions de la science

74. De la conception hylétique à la conception expressive des normes - Si l'approche réaliste autorise l'étude des discours dogmatiques, c'est parce que la conception expressive des normes sur laquelle elle s'appuie permet, d'un point de vue épistémologique, de reconnaître de nouvelles fonctions à la science.

En révélant les incohérences internes au normativisme, Michel Troper leur a trouvé une cause commune : la conception hylétique des normes. Le droit ne peut pas se concevoir comme une entité idéale, l'expression d'un devoir-être objectif détaché d'une volonté subjective. D'ailleurs, selon l'auteur, si Kelsen s'est rallié à cette conception ontologique, c'est uniquement pour assurer la spécificité de la science du droit. Dans la *Théorie pure*, c'est « la conception de la science du droit qui détermine ici l'ontologie des normes. Ce n'est pas parce que les normes possèdent une nature spécifique qu'elles sont l'objet d'une science spécifique, mais au contraire parce qu'il faut créer une science spécifique qu'on doit leur reconnaître une nature spécifique »³²⁴. Pourtant, on a pu constater qu'une telle définition du droit était inapte à expliquer la validité des interprétations juridictionnelles³²⁵. Seule une conception expressive du droit le peut.

L'approche réaliste retient justement que la norme n'est pas une idéalité, qu'elle est au contraire un fait. La norme se définit alors comme l'acte de volonté qui attribue un sens authentique à un énoncé textuel constitutionnel, législatif ou réglementaire... Elle n'est pas un *sollen*, comme le retient Kelsen, mais un *sein*. Cette conception est celle des théories empiristes qui prétendent s'opposer à « toute vision idéaliste du droit »³²⁶ et qui reconnaissent « à l'interprète une souveraineté absolue dans l'opération de construction du sens d'un énoncé juridique »³²⁷. Elle entraîne une conséquence majeure du point de vue de la science. Dans la mesure où la science juridique « n'a pas pour objet un devoir-être mais des faits qui parlent d'un devoir-être »³²⁸, elle ne « correspond en rien au modèle d'une science du droit à la Kelsen »³²⁹, car s'intéressant à des faits, rien ne l'empêche d'étudier les liens qui les unissent en vue de décrire le droit mais également en vue d'expliquer son mode d'apparition.

³²⁴ M. Troper, « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », in Christophe Grzegorzcyk, Paul Amserek (Dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 56, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 61.

³²⁵ Cf. *supra* n°52.

³²⁶ D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF Lamy, 2003, *Réalisme, rubrique rédigée par E. Millard, p. 1297.

³²⁷ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, n°61, p. 119.

³²⁸ É. Millard, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 45.

³²⁹ M. Troper, « Argumentation et explication », *Droits*, n°54, 2011, p. 26.

75. Le rôle *a priori* limité de la science du droit, la description des décisions rendues par les cours suprêmes - Au regard de l'ontologie réaliste, le rôle de la science semble à première vue fortement restreint pour Michel Troper, encore plus que dans *la Théorie pure*³³⁰. Déjà, et en tant que science positiviste, la science réaliste du droit s'impose une restriction méthodologique, celle de décrire son objet sans recourir à des jugements de valeur conformément au principe de neutralité axiologique. Par ailleurs, et ces restrictions sont propres à la conception réaliste du droit, la science ne peut pas étudier les textes, ni procéder par interprétations. Dans la mesure où les normes correspondent aux interprétations authentiques des juridictions suprêmes, la science du droit ne peut en effet intervenir antérieurement à leurs décisions, mais seulement après. Autrement dit, « *décrire la norme en vigueur, c'est simplement décrire cette décision. Tant qu'elle n'a pas eu lieu, la norme n'est pas en vigueur et ne peut être décrite* »³³¹. La science du droit ne peut pas non plus être une activité interprétative, car cette activité, qui suppose des évaluations, n'est pas descriptive. Ainsi, la science du droit, qui « *ne comporte pas de prescriptions, ni de jugement de valeur* »³³², doit seulement décrire les décisions des juges suprêmes, c'est-à-dire les sens que ces interprètes ont donné aux énoncés textuels. Ainsi conçue, et même si ces descriptions des normes peuvent prendre la forme d'une systématisation³³³, la science juridique semble présenter peu d'intérêt. Il est vrai qu'en tant qu'elle prouve que l'interprétation est seulement un acte de volonté, elle réduit le rôle des universitaires qui poursuivent l'ambition de connaître et de décrire leur objet d'étude à la retranscription fidèle des décisions de justice³³⁴. En réalité, elle leur offre également le moyen d'assumer une autre fonction beaucoup plus innovante.

³³⁰ Kelsen, qui attribue aux énoncés textuels une valeur normative, attribue à la science du droit le rôle de décrire tous les sens possibles de la norme (cf. *supra* n°37) avant qu'elle ne soit interprétée par une juridiction contrairement à Michel Troper qui qualifie cette fonction de dogmatique (cf. *supra* n°65).

³³¹ M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 319.

³³² *Ibid.*, p. 311.

³³³ Comme le précise Michel Troper, la science du droit peut présenter et décrire plusieurs interprétations authentiques simultanément et décrire les liens qui les unissent ou qui les séparent, elle peut donc systématiser les normes, et en proposer ainsi une description globale, V. *ibid.*, p. 323: « *si la norme (...) est la somme des interprétations, alors c'est cette somme que décrit la proposition de droit* ».

³³⁴ V. sur ce point le réponse de Michel Troper à Otto Pfersmann à propos de l'emploi de l'expression *scepticisme doctrinal* pour caractériser sa théorie in « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, 2002, p. 338-339 : « *Cette qualification laisse penser que ces thèses sont irrationnelles ou hostiles au rationalisme, alors qu'elles consistent au contraire à soutenir très rationnellement que le droit n'est pas le produit de la raison. De même, l'appellation de scepticisme doctrinal peut conduire à croire que la TRI est sceptique par doctrine et que le scepticisme est pour elle le point de départ de l'analyse, alors qu'il en est la conclusion* ».

76. Le rôle complémentaire et novateur assigné à la science, l'étude du processus conduisant à la norme en vigueur - Comme l'explique l'auteur de la *TRI*, « *si c'est l'acte d'interprétation qui produit la norme, le processus qui y conduit doit lui aussi être décrit* »³³⁵. Dans cette perspective, Michel Troper et plusieurs autres auteurs ont proposé, en complément de la *TRI*, la *Théorie des contraintes juridiques*³³⁶. Elle a pour objet la description des contraintes qui pèsent sur l'interprétation des juridictions suprêmes, c'est-à-dire des facteurs qui les conduisent à adopter des solutions prévisibles et cohérentes. Seules sont recherchées et décrites les contraintes juridiques. Les auteurs de cette théorie n'entendent en effet pas recourir à « *des méthodes propres aux sciences économiques, politiques, linguistiques, psychologiques ou sociologiques (...) autour desquelles se sont structurées les théories réalistes américaines* »³³⁷. Les contraintes purement juridiques dépendent de « *la configuration du système juridique* », lui même déterminé par « *un ensemble d'énoncés à fonction prescriptive produits par des acteurs juridiques - c'est-à-dire par ceux qui sont désignés comme tels par les énoncés du système juridique* »³³⁸. Pour les identifier, la *Théorie des contraintes* s'appuie, comme la *TRI*, sur une conception expressive des normes et recherche alors les relations causales entre des faits, c'est-à-dire entre les contraintes juridiques et la décision du juge suprême. Ce faisant, elle constitue une science empirique qui échappe aux incompatibilités entre l'être et le devoir-être dégagées par la loi de Hume³³⁹. Ainsi, la science est amenée à déterminer ces contraintes qui pèsent sur l'interprète authentique. Cette mission semble peu compatible avec l'objet de la science du droit : les normes en vigueur. A première vue, il s'agirait effectivement de décrire des faits qui concourent à la norme en vigueur, et non la norme en vigueur elle-même. En réalité, il s'agit encore de décrire une norme en vigueur. C'est seulement lorsqu'une norme est en vigueur qu'il est possible de chercher à comprendre le processus qui a conduit à sa création.

³³⁵ M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », art. préc., p. 323.

³³⁶ M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005.

³³⁷ M. Troper, V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, pp. 12-13. Les auteurs poursuivent en proposant des exemples de ces contraintes « *les considérations financières, les structures linguistiques des textes, l'emploi de la force, l'opinion publique, les sensibilités politiques, religieuses ou morales des acteurs, les lectures ...* » qui proviennent de contraintes extérieures au système juridique.

³³⁸ *Ibid.*, p. 13, sur cette notion de *contrainte juridique*, cf. *infra* n°77.

³³⁹ V. *contra* D. de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *RRJ*, n°1, 1994, p. 249 : Michel Troper « *ambitionne d'échafauder un système par lequel, contrairement à l'interdiction absolue de Kelsen, un pur fait pourra se trouver à l'origine causale et logique de caractère obligatoire de la règle de droit* ».

Cette méthode, appelée « *rétrodictio* »³⁴⁰, consiste à s'intéresser à la probabilité des causes qui ont concouru à un événement passé. Il faut la distinguer de la prédiction qui consiste au contraire à s'intéresser aux probabilités qu'un événement futur se réalise³⁴¹. La *rétrodictio*, dans la théorie réaliste de l'interprétation, repose donc sur l'identification des contraintes qui ont pesé sur l'interprète authentique, à l'origine de la norme en vigueur. Si le juge est libre de choisir le sens qu'il désire, dans la mesure où le discours législatif ne contient aucune signification, ce choix résulte d'un ensemble de contraintes juridiques qui ont dirigé sa décision et qu'il faut également parvenir à identifier.

Avec la *Théorie des contraintes juridiques*, la science se découvre donc un nouveau rôle. En plus de décrire les normes en vigueur, résultant de l'interprétation authentique, elle est invitée à identifier « *le processus qui dirige la solution* »³⁴² adoptée par l'interprète authentique et ainsi à expliquer pourquoi le juge a opté pour une signification plutôt qu'une autre. Une fois la norme entrée en vigueur, il faut donc remonter le fil du temps pour déterminer ce qui a poussé l'auteur de la norme à opter pour tel ou tel contenu. Or, si on recherche ce qui peut expliquer pourquoi le juge suprême a opté pour telle ou telle interprétation, l'étude du discours de l'avocat aux Conseils, dans la mesure où il lui est spécialement destiné, apparaît opportune. Finalement, ce n'est pas parce que le discours de l'avocat ne présente aucune scientificité qu'il est dépourvu d'intérêt scientifique, en particulier lorsqu'il est adressé à l'interprète authentique.

B. Le discours de l'avocat : un terrain d'étude pour la théorie des contraintes juridiques

77. L'avocat aux Conseils, acteur du système juridique - Afin de savoir si l'avocat aux Conseils peut être considéré comme l'auteur de contraintes juridiques, il faut s'assurer que cet acteur est reconnu comme un *acteur du système juridique*. Comme on l'a en effet déjà

³⁴⁰ Michel Troper se réfère ici à la méthode de « *rétrodictio* » employée par P. Veyne in *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Editions La Martinière, 2013, v Chap VIII "*Causalité et rétrodictio*", p. 229 et s.

³⁴¹ La méthode prédictive est notamment préconisée par Holmes, père du réalisme américain. Cette méthode est rejetée par Kelsen cf. *supra* n°47 et par Michel Troper cf. *infra* n°163.

³⁴² Pour reprendre l'expression employée par Le J.-C Le Coustumer, « *Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques* », *Droits*, n°36, 2002, p. 178. L'auteur, critique à l'égard de cette théorie, préfère cette expression à celle de contraintes juridiques, puisque l'interprète authentique ne semble ni obligé par les textes, ni contraint par la « *la façon dont, dans un système juridique donné, on utilise généralement les textes en question* » (p. 177). S'il est vrai que la théorie des contraintes s'intéresse à ce processus de direction, ce processus peut être contraignant et l'interprète peut tout à fait devoir prendre en compte sa propre jurisprudence ou celle des autres acteurs.

signalé, une contrainte est juridique lorsqu'elle est créée par le système juridique, lui-même constitué « d'un ensemble d'énoncés à fonction prescriptive produits par des acteurs juridiques [c'est-à-dire par] ceux qui sont désignés comme tels par les énoncés du système juridique »³⁴³. Cette définition est ambiguë³⁴⁴. Si elle détermine en effet une contrainte juridique en fonction d'un critère organique, c'est-à-dire en fonction de son auteur, elle reste laconique sur ce qu'il faut entendre par *acteur du système juridique*. La seule indication que fournit la *théorie des contraintes* est qu'un acteur juridique est celui qui est reconnu comme tel par des énoncés prescriptifs. Il existe un grand nombre d'énoncés prescriptifs, c'est notamment le cas des législations ou des décisions juridictionnelles. Or, ces deux types d'énoncés prescriptifs reconnaissent justement l'avocat aux Conseils comme un acteur du système juridique. En effet, en vertu de l'article 973, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile, « les parties sont tenues, sauf disposition contraire, de constituer un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ». Cet énoncé législatif attribue donc à l'avocat aux Conseils la qualité d'acteur du système juridique. De la même façon, plusieurs décisions de la Cour de cassation reconnaissent cette qualité au professionnel³⁴⁵.

78. L'avocat, auteur potentiel de contraintes juridiques - Puisque l'avocat aux Conseils est reconnu comme un acteur juridique, alors il peut être l'auteur de contraintes qui pèsent sur la décision du juge suprême³⁴⁶. Certes, les contraintes qui pourraient être émises par cet acteur sont actuellement ignorées par les promoteurs de la *théorie des contraintes* mais il faut dire que cette théorie est récente et perfectible. Elle contient encore de nombreuses zones d'ombre notamment dans la détermination et la compréhension du lien qui unit la contrainte juridique et la signification choisie par l'interprète authentique. Dans la mesure où l'interprétation de l'avocat aux Conseils intervient la plupart du temps juste avant celle du juge suprême, alors la *théorie des contraintes juridiques*, en tant qu'elle essaie de déterminer les contraintes qui pèsent sur l'interprétation authentique, permettra de questionner la portée

³⁴³ M. Troper, V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, pp. 12-13.

³⁴⁴ V. sur ce point, O. Pfersmann, « critique de la théorie des *contraintes juridiques* », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 126 : « Si les énoncés sont produits par les acteurs et les acteurs sont désignés par les énoncés, il ne sera possible d'identifier ni les uns, ni les autres (...) ».

³⁴⁵ V. not. les interprétations authentiques relatives à l'art. 973 du CPC, par ex. Civ. 2^{ième}, 26 nov. 1990, n°90-12.812, *Bull. Civ. II*, n°245 : « La règle selon laquelle les parties sont tenues, devant la Cour de Cassation, sauf dispositions contraires, de constituer avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation, ne porte en rien atteinte aux droits définis par la Conv. EDH ».

³⁴⁶ Dans la deuxième partie de cette étude, il sera justement démontré comment le discours de l'avocat est à l'origine de situations qui restreignent la liberté d'interprétation de la Cour de cassation.

de ce discours sur son destinataire, c'est-à-dire sur la Cour de cassation. C'est une perspective que n'offre pas la *Théorie pure*.

79. L'interprétation de l'avocat, objet de contraintes juridiques - Par ailleurs, en tant qu'acteur juridique, l'avocat peut certes produire des contraintes juridiques, mais il peut également en subir. Son pouvoir d'interprétation est effectivement limité par toute une série de contraintes qu'il est rationnellement tenu de prendre en considération. C'est un autre aspect de la *Théorie des contraintes juridiques* encore peu exploité par ses promoteurs qui s'intéressent exclusivement aux contraintes subies et produites par l'interprète authentique, alors que cette théorie a vocation à expliquer le comportement de tous les acteurs juridiques, y compris celui de l'avocat.

*
* *

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

80. La qualification de l'interprétation de l'avocat en théorie du droit -

L'interprétation de l'avocat n'a jamais fait l'objet d'une étude isolée et spécifique en théorie du droit. Toutefois, les représentants des principaux courants positivistes lui ont consacré des développements éclairants. Naturellement, pour Kelsen et Michel Troper, il s'agissait surtout de jeter les bases d'une science du droit fondée sur une ontologie propre à chacune des pensées défendues. Dans cette entreprise, l'interprétation de l'avocat n'a reçu qu'une qualification par défaut. En plus d'être exclu du phénomène de création normative, le discours de l'avocat aux Conseils, qui procède de la seule volonté de son auteur, ne peut pas non plus prétendre à un caractère scientifique. La *Théorie pure du droit* et la *Théorie réaliste de l'interprétation* s'accordent ainsi sur un point : le discours de l'avocat n'est pas un discours scientifique, il est un acte prescriptif qui ne crée pas du droit, un acte de volonté sans portée normative. Pourtant, derrière ce consensus, se dressent deux opérations de qualification opposées.

81. Les limites de la qualification kelsénienne - Pour Kelsen, si l'interprétation de l'avocat est un acte de volonté, c'est parce que son auteur n'a pas d'autre ambition que d'influencer l'autorité chargée d'appliquer le droit, il poursuit un but politique. Il considère en revanche que d'autres interprètes de la loi, comme les universitaires et les juges, sont aptes à dégager les potentialités de significations objectives que cette norme renferme. D'ailleurs, pour que la norme individuelle créée par le juge soit valide du point de vue de la *théorie pure*, elle doit correspondre à l'une de ces significations potentiellement objectives, c'est-à-dire qu'elle doit se trouver à l'intérieur du cadre posé par la loi. C'est ici qu'apparaît un paradoxe dans la pensée de Kelsen puisqu'il admet également que nul ne peut sanctionner la violation du cadre par les juridictions suprêmes, puisque leurs décisions sont incontestables. Dès lors, on peine à imaginer pourquoi l'interprétation du juge ne serait pas, comme celle de l'avocat, réductible à un acte de volonté. Aucune raison ne justifie en effet le caractère cognitif de l'activité judiciaire, car le juge n'est pas juridiquement obligé d'appliquer un sens qui préexiste à son interprétation. Au final, l'opération par laquelle la *Théorie pure* qualifie le discours de l'avocat d'acte de volonté n'est pas pertinente car elle révèle des contradictions dans la pensée de son auteur qui ne peuvent pas être résolues sans une remise en cause

profonde de sa conception du droit, conception qui s'oppose par ailleurs à une étude théorique du discours de l'avocat.

82. Les attraits de la qualification tropérienne - De son côté, Michel Troper, qui retient une toute autre définition du droit, procède à une qualification du discours de l'avocat qui présente l'avantage indéniable de ne pas fragiliser l'ensemble de son édifice théorique. Partant du principe d'indétermination textuelle, il en déduit que c'est l'interprétation qui donne un sens à la loi, que toute interprétation est fonction de la volonté, et que seules celles des juridictions suprêmes sont à l'origine de normes. Ainsi, comme toute interprétation, celle de l'avocat est fonction de la volonté, mais dans la mesure où elle n'est pas à l'origine d'une norme, elle n'est pas authentique, elle est dogmatique. L'approche réaliste du discours de l'avocat présente un autre intérêt car elle retient une conception expressive de la norme. Considérée comme un fait, la norme est l'interprétation authentique des juridictions suprêmes. Dans cette perspective, Michel Troper attribue à la science du droit, en sus de son rôle de description des normes en vigueur, la mission d'expliquer le processus qui a mené à la création normative. La science peut effectivement rechercher les facteurs juridiques qui ont conduit l'interprète authentique à se décider tel qu'il l'a fait. Bien que les juridictions soient des interprètes souverains, elles subissent en effet un certain nombre de contraintes spécifiquement juridiques, que la *Théorie des contraintes* entend découvrir et décrire. Le réalisme français autorise donc, à côté d'une science du droit, une science des contraintes qui peut tout à fait prendre la forme d'une science de la dogmatique, c'est-à-dire d'une science qui recherche les effets contraignants produits par les discours dogmatiques, et à plus forte raison par les discours qui sont directement adressés à l'interprète authentique, c'est-à-dire par les discours de l'avocat aux Conseils.

83. En définitive, ces premiers développements ont permis de montrer pourquoi les principaux mouvements positivistes assimilent le discours de l'avocat à un acte de volonté, et d'opter pour l'explication la plus convaincante et la plus prometteuse pour notre étude, l'explication réaliste. Il faut maintenant s'assurer que l'approche théorique sur laquelle se fonde notre thèse trouve un écho dans la pratique.

CHAPITRE 2 : UN DISCOURS RÉELLEMENT FONCTION DE LA VOLONTÉ

84. La liberté d'interprétation de l'avocat aux Conseils - Une chose est de présenter le point de vue des théoriciens du droit sur la nature du discours de l'avocat, une autre est de vérifier qu'il corresponde à la réalité. La *théorie réaliste de l'interprétation*, théorie sur laquelle notre étude est fondée, retient que, dans son activité de représentation, l'avocat agit selon sa volonté en donnant aux lois invoquées dans le litige un sens conforme à l'intérêt de son client. De ce point de vue, son interprétation, comme toute interprétation juridique, consiste à attribuer un sens à la loi et non à rechercher, par un acte de connaissance, le sens contenu dans la loi. En d'autres termes, l'avocat est libre d'interpréter les énoncés comme il le souhaite car aucune obligation juridique, qui ressortirait des significations internes aux textes, ou encore des significations authentiques que la Cour de cassation leur a attribuées, ne pèse sur ces choix. Le premier enjeu du chapitre à venir sera en conséquence de démontrer que cette analyse théorique se vérifie d'un point de vue empirique (**Section 1**).

85. L'avocat aux Conseils, un *homo juridicus* - Conformément aux indications de la *Théorie des contraintes juridiques*, qui viennent compléter la *Théorie réaliste de l'interprétation*³⁴⁷, il convient d'aller au devant d'un éventuel malentendu. Ce n'est pas parce que l'avocat aux Conseils agit selon sa volonté qu'il n'agit pas rationnellement. Comme tous les acteurs juridiques, il est soumis dans l'exercice de son pouvoir à des contraintes qu'il doit prendre en considération pour maximiser ses chances de succès. Il est un *homo juridicus*, c'est-à-dire un acteur rationnel qui évolue au cœur d'un système dont il maîtrise parfaitement les rouages³⁴⁸. En effet, il « *a, par définition, au moment où il se décide, une connaissance complète du système juridique au sein duquel il opère, y compris des interprétations que peuvent en donner les autres acteurs de ce système* »³⁴⁹. Or, parmi les interprétations des autres acteurs juridiques, certaines exercent des contraintes auxquelles l'avocat aux Conseils

³⁴⁷ V. en ce sens P. Brunet et V. Champeil-Desplats, « La théorie des contraintes face à la théorie des sources du droit », in Cartusel, H. Dumont, Ph. Gérard (dir.) [et al.], *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 394 : comme ses promoteurs l'affirment « *la théorie des contraintes juridiques, se développe, et ne peut se développer, qu'à partir d'une théorie réaliste de l'interprétation* ».

³⁴⁸ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 15: l'*homo juridicus*, est un modèle « *pourvu d'une rationalité juridique type* » qui prétend « *à la production de normes juridiques* ».

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 16.

ne saurait se soustraire sans risquer de manquer son but : servir l'intérêt de son client. Ces contraintes sont multiples, mais sont principalement générées par la Cour de cassation, puisqu'elle est l'interprète authentique des textes venant encadrer son activité ainsi que le destinataire immédiat de son discours. Les interprétations de la Haute juridiction ne doivent alors pas être perçues comme des obligations juridiques à appliquer, mais seulement comme des contraintes à prendre en compte. Un avocat peut effectivement toujours décider d'exercer sa mission au mépris de ces contraintes car il n'est juridiquement pas obligé par la volonté des autres acteurs. Mais, du point de vue de l'*homo juridicus*, cette attitude n'est pas rationnelle puisqu'il est généralement tenu d'y céder pour assurer le succès de la prétention de son client³⁵⁰. Le deuxième enjeu du chapitre à venir sera alors de montrer que la liberté de l'avocat aux Conseils n'est pas sans limite dans la mesure où elle s'exerce dans le cadre d'un réseau de contraintes juridiques (**Section 2**).

Section 1. La liberté d'interprétation de l'avocat aux Conseils

86. Comme nous l'avons préalablement précisé, l'avocat assure effectivement une mission d'interprétation des textes dans la mesure où il est contraint de fonder ses moyens de cassation sur un texte de loi ou un principe³⁵¹. Avant de montrer que, conformément à la *TRI*, l'avocat aux Conseils se trouve effectivement dans une situation de liberté pour donner aux textes invoqués dans le litige un sens conforme à ses intérêts, il est nécessaire de s'assurer qu'en dépit de sa qualité d'avocat, il est maître de son interprétation. Contrairement à l'interprétation judiciaire ou doctrinale, le discours de l'avocat trouve en effet son origine dans un mandat. Sa liberté de choix vis-à-vis de son client ne va donc pas de soi, elle doit être vérifiée. Aussi apparaît-il opportun de s'intéresser d'abord à la liberté de l'interprète, en qualité d'avocat (§1), avant d'analyser la liberté de l'avocat, en qualité d'interprète (§2).

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 16 : « On suppose que la décision de l'acteur s'inscrit dans le système et ne s'affranchit pas des contraintes que celui-ci lui imposerait ».

³⁵¹ La Cour de cassation a posé et rappelé de nombreuses fois cette exigence. Elle a décidé que l'argumentation contenue dans un pourvoi « qui ne précise pas le texte qui aurait été violé ou faussement appliqué, ne constitue pas l'énoncé d'un moyen de cassation » en déclarant d'office irrecevable le pourvoi en cause (Civ. 2^{ème}, 17 juin 1992, n°92-50.002, *Bull. civ.* II, n°166). Sur le caractère interprétatif du discours de l'avocat : cf. *supra* n°29 et *infra* n°296.

§1. La liberté de l'interprète, en qualité d'avocat

87. Le discours de l'avocat aux Conseils intervient dans un processus dont il dépend entièrement. Contrairement au discours législatif ou universitaire, et à l'image du discours judiciaire, ce discours ne saurait en effet exister sans le jeu d'autres volontés, et notamment sans la volonté d'un justiciable de se pourvoir en cassation³⁵². Au-delà de son existence, c'est également son contenu qui est entièrement conditionné par la volonté du justiciable. Ce discours trouve en effet son origine dans un mandat, c'est-à-dire qu'une fois que l'avocat accepte de représenter une partie devant la Cour de cassation, il a pour mission exclusive de servir ses intérêts³⁵³. Cela dit, même si c'est l'intérêt du client qui justifie tous les choix observables dans les moyens de cassation, c'est l'avocat qui en détermine discrétionnairement le contenu (A). Cette liberté peut néanmoins être discutée par le client, mais seulement *a posteriori*, c'est-à-dire à l'occasion d'une action en responsabilité (B).

A. Le choix des moyens de cassation laissé à la discrétion de l'avocat

88. **Le principe du libre choix consacré par la Cour de cassation** - La Cour de cassation a depuis longtemps reconnu la liberté de l'avocat aux Conseils dans le choix des moyens qui soutiennent le pourvoi, c'est-à-dire dans le choix des arguments de droit qui justifient la cassation. Dès 1971, alors réunie en Assemblée plénière, elle a en effet décidé que c'est au professionnel de décider du contenu de ses écritures, à l'occasion d'une affaire dans laquelle un client avait agi en responsabilité contre son avocat aux Conseils³⁵⁴.

En l'espèce, le client, qui travaillait comme représentant pour une société qui l'avait licencié, demandait en justice le versement de différentes indemnités. La cour d'appel de Rennes avait fait droit à certaines de ses prétentions mais l'avait débouté de sa demande de paiement de complément de commissions et d'indemnités de congés payés. Le justiciable chargea alors un avocat aux Conseils de contester l'arrêt sur ces points. Le représentant développa trois moyens. Le premier et le troisième contestaient respectivement le refus de réajustement des commissions et le refus de considérer comme abusive la rupture du contrat de travail. Ils furent rejetés par la Cour de cassation qui n'accueillit que le second moyen,

³⁵² Il a d'ailleurs été jugé qu'un pourvoi dans lequel n'apparaissait pas clairement « la manifestation de la volonté du client d'obtenir la cassation d'une décision judiciaire » était irrecevable : Civ. 2^{ème}, 4 mai 1973, n°73-60.076, *Bull. civ.* II, n°149.

³⁵³ L'avocat peut toujours refuser de défendre son client après évaluation des chances de succès du recours. Sur ce point, cf. *supra* n°12.

³⁵⁴ Ass. plén., 14 mai 1971, n°70-13.971, *Bull. Ass. plén.*, n°1.

reprochant à la cour d'appel d'avoir refusé d'accéder à la demande en paiement des congés payés. Le client, qui avait donc obtenu une satisfaction partielle de ses attentes, reprocha toutefois à son mandataire de ne pas avoir accepté, à propos de l'action en paiement de compléments de commissions, de se « *conformer à ses instructions l'invitant à présenter un moyen susceptible d'aboutir à la cassation de l'arrêt* »³⁵⁵. Il forma alors une action en responsabilité devant le conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation en vue d'obtenir des dommages-intérêts. L'instance ordinaire fut d'avis de rejeter cette action et le client présenta alors une requête en non-homologation devant la Cour de cassation qui fut rejetée au motif que l'avocat aux Conseils n'avait commis aucune faute susceptible justifiant le versement d'une indemnité. La Cour de cassation rapporta que le client n'apportait au soutien de sa demande qu'une lettre destinée à son représentant devant la cour d'appel, dans laquelle il soulignait qu'un élément de l'affaire avait peut-être échappé à l'avocat aux Conseils. Cette lettre ne contenait donc pas, selon la Cour, « des instructions précises en vue de présenter un moyen déterminé en cassation »³⁵⁶. La Haute juridiction va encore plus loin en affirmant que « l'avocat aux Conseils est libre de choisir, dans l'intérêt de son client, les moyens de cassation susceptibles d'être soumis à la Cour »³⁵⁷ et que, dans l'hypothèse où le client réclame la rédaction d'un moyen précis, le professionnel peut très bien l'écarter à condition de prévenir le client. Le représentant du demandeur au pourvoi est donc « *maître de son argumentation et ne saurait se voir imposer la production d'un moyen qu'il désapprouverait* »³⁵⁸. Cette solution, qui n'a jamais été remise en cause, a été intégrée au règlement de déontologie des avocats aux Conseils³⁵⁹ et étendue aux pièces accompagnant les moyens de cassation³⁶⁰.

89. Les justifications du principe du libre choix - La grande marge de manœuvre laissée à l'avocat aux Conseils dans le choix des moyens présentés à la Cour de cassation a été justifiée par des considérations générales tenant à sa qualité d'avocat mais également par des considérations plus spécifiques tenant à sa qualité d'officier ministériel.

³⁵⁵ Extrait de l'argumentation du demandeur reproduite dans l'arrêt précité.

³⁵⁶ Extrait des motifs l'arrêt précité.

³⁵⁷ Extrait des motifs de l'arrêt précité.

³⁵⁸ Rép. pr. civ., *Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, par B. Odent, n°119, p. 14.

³⁵⁹ Art. 45 al. 3 du Règlement général de déontologie, séance du Conseil de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation du 2 déc. 2010, accessible sur <http://www.ordre-avocats-cassation.fr/> : « *Il est libre de choisir, dans l'intérêt de son client, les moyens susceptibles d'être soumis à la juridiction saisie, sous réserve d'aviser ce client s'il estime ne pas devoir présenter un moyen expressément demandé par celui-ci* ».

³⁶⁰ V. Ass. plén., 6 juin 1986, n°85-13.478, *Bull. Ass. plén.*, n°9.

En qualité d'avocat, il représente l'intérêt de son client en vertu d'un mandat *ad litem* qui emporte, selon l'article 411 du Code de procédure civile, « *pouvoir et devoir d'accomplir au nom du mandant les actes de la procédure* ». Cette disposition a été interprétée par la Cour de cassation de telle manière que l'avocat est libre d'agir sans l'assentiment exprès de son mandant dès lors qu'il défend son intérêt³⁶¹. Comme l'explique un auteur, « *investi d'un mandat non limité, le représentant a le choix du moyen à employer pour assurer le succès des prétentions ou le rejet des prétentions adverses* »³⁶². Autrement dit, dans la mesure où l'avocat et son client poursuivent le même objectif, c'est à celui qui est compétent pour postuler devant la juridiction saisie de définir les meilleurs moyens pour y parvenir.

Cette liberté accordée à l'avocat se justifie encore plus vis-à-vis de l'avocat aux Conseils qui s'adresse à la Cour de cassation et qui jouit pour cette raison d'un monopole de représentation. Dès 1864, l'Ordre des avocats aux Conseils avait effectivement insisté sur la nécessité de maintenir les aspirations passionnées des parties en dehors de l'enceinte de la Haute juridiction en s'opposant « *à ce que l'avocat reçoive, un mandat impératif* »³⁶³. Il mettait ainsi en relief la particularité de la mission de l'avocat aux Conseils. Son rôle d'officier ministériel l'oblige à présenter une argumentation conforme à la technique de cassation et à écarter en conséquence les désirs du client qui contreviendraient à cet objectif. Il agit comme « *un agent de communication entre la Cour de cassation et le plaideur* »³⁶⁴. D'un côté, il maîtrise les *desiderata* du client en étant le seul maître des moyens qu'il développe. D'un autre côté, il sert la Haute-juridiction en lui évitant de se pencher sur des moyens qui dépassent le champ de ses compétences.

Quelles que soient ses justifications, la liberté de l'avocat dans le choix de l'argumentation qu'il présente à son interlocuteur juridictionnel n'est pas sans limite, il doit informer son client de ses décisions stratégiques et, lorsque c'est nécessaire, les justifier.

³⁶¹ V. Civ. 1^{ère}, 23 avril 1986, n°84-15.244, *Bull. civ.* I, n° 60.

³⁶² J. Viatte, « Le mandat ad litem », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1976, p. 393, v. égal. Ph. Delebecque, « Les obligations du mandataire ad litem », *Justices*, 1997, p. 57 et s. et Y. Letartre, « Le mandat ad litem », *RJC*, 1993, p. 309 et s.

³⁶³ Extrait d'une délibération de l'Ordre de 1864 reproduit par J. Barthélémy, « Traditions et fonctionnement de l'Ordre », in P. Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002, p. 47.

³⁶⁴ J. Merlin, « Les avocats vus par un conseiller à la Cour de cassation », in P. Gonod (dir.), *op. cit.*, p. 76.

B. Les limites au libre choix par l'avocat des moyens de cassation

90. Ce n'est parce que le client n'est pas l'auteur réel des moyens de cassation qu'il n'a pas le droit d'être informé de la stratégie choisie par son mandataire ou de lui faire part de ses arguments. À l'occasion d'actions en responsabilité civile, la Cour de cassation a effectivement posé des solutions venant tempérer la liberté dont jouit l'avocat aux Conseils dans son activité de représentation. Il ne s'agit pas d'exceptions au principe du libre choix, mais seulement de limites qui contraignent l'avocat à un devoir d'information (1) ainsi qu'à un devoir de justification lorsqu'il refuse de prendre en compte un argument proposé par son client (2).

1. Le devoir d'information au profit du client

91. Le principe de la responsabilité pour faute en cas de manquement au devoir d'information - À plusieurs reprises, des clients mécontents ont reproché à leurs avocats de ne pas avoir été informés du contenu des écritures présentées à la Cour de cassation. Le client recherche alors la responsabilité du mandataire parce qu'il ne l'a pas « *avisé des moyens qu'il projetait* »³⁶⁵, ou « *tenu informé de l'élaboration du mémoire avant de le déposer* »³⁶⁶ ou « *soumis, en projet, le mémoire ampliatif au soutien du pourvoi* »³⁶⁷. Dans ces affaires, la Cour de cassation admet que cette négligence est constitutive d'une faute dans la mesure où elle se livre systématiquement à la recherche du préjudice qui en résulte pour le client³⁶⁸, préjudice qu'elle n'a encore jamais reconnu.

92. Le rejet systématique de la responsabilité en l'absence de préjudice - Pour retenir la responsabilité de l'avocat, la Cour de cassation ne se limite pas à constater un défaut d'information du client, elle vérifie que ce manquement est à l'origine d'un préjudice pour le client, c'est-à-dire qu'elle se demande si cette faute a effectivement fait perdre au client une

³⁶⁵ Extrait de l'argumentation développée par l'auteur de la requête reproduite dans l'arrêt Com, 25 avril 2001, n°98-13.456, *Bull. civ.* IV, n°78.

³⁶⁶ Extrait de l'argumentation développée par l'auteur de la requête reproduite dans l'arrêt Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, n°02-10.975.

³⁶⁷ Extrait de l'argumentation développée par l'auteur de la requête reproduite dans l'arrêt Civ. 3^{ème}, 30 nov. 2005, n°05-15.580.

³⁶⁸ V. par ex. dans l'arrêt du 25 avril 2001 précité : « Attendu qu'en omettant d'aviser ses clients des moyens de cassation qu'il projetait, (...) M. X... ne les a pour autant privés d'une quelconque chance de succès de leur pourvoi, dès lors qu'il a soutenu en leur nom les moyens admissibles en l'état du débat devant les juges du fond ».

chance de « formuler d'éventuelles suggestions »³⁶⁹ et ainsi une chance d'obtenir la cassation de l'arrêt critiqué. Or, à chaque fois qu'elle s'est livrée à ce type d'examen, elle a systématiquement rejeté l'existence d'un préjudice. En étudiant les moyens que les clients auraient souhaités, la Cour de cassation les a toujours considérés comme inaptes à entraîner la cassation de l'arrêt critiqué au motif qu'ils étaient de pur fait³⁷⁰, nouveaux³⁷¹ ou parce qu'ils reposaient sur une mauvaise compréhension de la décision des juges du fond³⁷². Ainsi, bien qu'elle reconnaisse une obligation d'informer le client sur le contenu du mémoire ampliatif, la Cour n'a encore jamais retenu la responsabilité d'un avocat aux Conseils sur ce fondement.

2. Le devoir de justification du refus d'accéder à la demande du client

93. Le principe de la responsabilité pour faute en cas de refus non motivé de soutenir un moyen proposé par le client - Dès 1971, lorsqu'elle affirmait le principe de la liberté de l'avocat dans le choix des moyens de cassation³⁷³, la Cour de cassation en aménageait déjà une limite en imposant au mandataire d'informer le client « s'il estime ne pas devoir présenter un moyen expressément demandé par celui-ci »³⁷⁴. En d'autres termes, si l'avocat est libre d'écarter un moyen souhaité par le client, il doit, sinon s'en justifier, au moins l'en informer. Aussi s'agit-il pour le professionnel de motiver ses choix argumentatifs et d'expliquer les raisons qui l'ont conduit à repousser l'argument de son client. Cette obligation a non seulement été réaffirmée, mais a également été sanctionnée par l'engagement de la responsabilité de l'avocat aux Conseils.

94. La reconnaissance de la responsabilité de l'avocat aux Conseils - C'est à l'occasion de deux affaires ultérieures que la Cour de cassation a rappelé le devoir de justification à la charge de l'avocat aux Conseils. Dans le premier litige, des clients reprochaient à leur avocat de ne pas leur avoir expliqué pourquoi « *il estimait toute défense*

³⁶⁹ Extrait de l'arrêt précité.

³⁷⁰ Par ex. Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, n°02-10.975 : « la cour d'appel avait ainsi répondu aux demandes de M. X... et estimé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, ne pas avoir à ordonner les mesures d'instruction sollicitées » ; v. égal. Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n°04-18.170 : « Attendu que le moyen prétendument omis, qui aurait été irrecevable en ce que, tendant à remettre en discussion l'évaluation du préjudice, il se serait heurté à l'appréciation souveraine des juges du fond... ».

³⁷¹ Par ex. Com, 25 avril 2001, n°98-13.456, *Bull. civ. IV*, n°78 : Un avocat à la Cour de Cassation ne commet pas de faute en ne soulevant pas un moyen de droit communautaire « dès lors que, devant les juges d'appel, ce moyen n'avait été invoqué qu'en termes généraux et allusifs, sans référence à des faits précis ».

³⁷² V. par ex. : Civ. 3^{ème}, 30 nov. 2005, n°05-15.580.

³⁷³ Cf. *supra* n°88.

³⁷⁴ Ass. plén., 14 mai 1971, n°70-13.971, *Bull. Ass. plén.*, n°1.

illusoire à l'encontre d'un pourvoi incident »³⁷⁵ et dans le second, le client faisait grief à son avocat « *de n'avoir pas présenté le moyen qu'il lui avait suggéré* » sans s'en expliquer³⁷⁶.

Si dans le premier cas, la Cour de cassation n'accède pas à la demande du client³⁷⁷, dans le second, le fait est assez rare pour être souligné, elle retient la responsabilité de l'avocat aux Conseils. En l'espèce, le client reprochait à son avocat d'avoir refusé, sans s'en être expliqué, de présenter un moyen « *tiré de la violation du principe de la contradiction pour défaut de communication du courrier adressé au premier président par M. Y..., défendeur à la contestation d'état de frais* »³⁷⁸ contre l'ordonnance du premier président de la cour d'appel d'Agen. Lorsque la Cour de cassation examine la réalité du préjudice en découlant, elle estime que ce moyen présentait une chance sérieuse d'entraîner la cassation au motif que le premier président aurait effectivement dû « s'assurer que les observations du défendeur avaient été portées à la connaissance du contestant »³⁷⁹. Elle reconnaît donc la responsabilité de l'avocat aux Conseils qui a commis une faute « en omettant de faire valoir ce moyen, pourtant expressément invoqué par son client, sans s'en être expliqué préalablement auprès de lui »³⁸⁰.

Ainsi, l'avocat est tenu, dans une certaine mesure, d'impliquer son client dans l'élaboration de ses moyens. Ceci dit, puisque ce n'est qu'*a posteriori* qu'il peut être inquiété par un client mécontent, à l'occasion d'une action en responsabilité, il est sans conteste l'auteur exclusif de ses interprétations.

§2. La liberté de l'avocat, en qualité d'interprète

95. Maintenant que nous nous sommes assurés que l'avocat est maître, vis-à-vis de son client, des écritures qu'il présente à la Cour de cassation, on peut désormais s'attacher à vérifier la proposition de la *TRI* selon laquelle l'avocat, en qualité d'interprète, est libre d'attribuer au texte invoqué dans le litige le sens qui convient le mieux à ses

³⁷⁵ Extrait de l'argumentation développée par l'auteur de la requête reproduite dans l'arrêt Civ. 1^{ère}, 29 févr. 2000, n°98-22.517.

³⁷⁶ Extrait de l'argumentation développée par l'auteur de la requête reproduite dans l'arrêt Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, n°02-10.975.

³⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 29 févr. 2000, n°98-22.517 : la Cour de cassation ne reconnaît pas l'existence d'un préjudice en estimant que les « les chances d'obtenir un rejet du pourvoi incident étaient nulles ».

³⁷⁸ Extrait de l'argumentation développée par l'auteur de la requête reproduite dans l'arrêt Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, précité.

³⁷⁹ Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, précité.

³⁸⁰ Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, précité, elle ordonne en conséquence le remboursement des sommes « vainement exposées pour le pourvoi » et versées au titre de l'amende civile prononcée à l'époque par la Cour de cassation pour pourvoi abusif.

préférences subjectives³⁸¹. Pour ce faire, il apparaît opportun de distinguer deux hypothèses, celle dans laquelle l'avocat interprète un texte qui n'a encore jamais été interprété par la Cour de cassation (A), de celle où il attribue un sens à un énoncé qui a déjà été interprété par la Haute juridiction (B) car cela nous permettra de réaliser que dans un cas comme dans l'autre, l'avocat n'est ni *obligé*, ni même *contraint* par un sens qui préexisterait à son interprétation.

A. La liberté de l'avocat face à un énoncé textuel vierge d'interprétation authentique

96. Hypothèses concernées - Il arrive qu'un avocat aux Conseils soit amené à interpréter un texte qui n'a pas encore fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de cassation. C'est le cas lorsqu'une loi nouvelle entre en vigueur et qu'elle sert de fondement à la demande d'un justiciable. La Cour de cassation sera alors chargée de se prononcer sur le sens de la loi pour la première fois³⁸². C'est plus souvent le cas lorsque devant les juges du fond, une demande nouvelle se fonde sur une interprétation inédite d'une loi, invitant ainsi les avocats aux Conseils et la Cour de cassation à envisager le texte invoqué sous cet angle nouveau. Pour valider l'idée selon laquelle l'interprétation de l'avocat procède de sa volonté et non de la connaissance, il faut rappeler pourquoi et en donner des illustrations.

97. Causes de la subjectivité de l'interprétation - Si, en pareilles hypothèses, l'avocat jouit d'une liberté totale dans le sens qu'il attribue à la loi, c'est parce que le texte ne contient aucune signification qu'un acte de connaissance permettrait de révéler. C'est la conséquence du principe d'indétermination textuelle, retenu par la *TRF*³⁸³. Dans la mesure où le texte ne renferme aucune signification objectivement identifiable, l'avocat, comme tous les interprètes, procède nécessairement à des évaluations en fonction de ses préférences subjectives. Plus précisément, il est libre d'attribuer au texte un sens qui soit conforme aux intérêts de son client, sens qui ne sera ni vrai, ni authentique. Le sens attribué n'est pas vrai parce qu'il ne résulte pas d'un acte de connaissance de loi. Ce n'est donc pas parce qu'il est avocat que son interprétation est nécessairement subjective, mais seulement parce qu'il est

³⁸¹ Il faut préciser que l'avocat procède à une autre évaluation que celle résultant du choix du sens à donner aux textes invoqués. Il est également libre de choisir, parmi les dispositions de l'arrêt critiqué, laquelle ou lesquelles il entend soumettre au contrôle de la Cour de cassation, car il maîtrise l'effet dévolutif, cf. *infra* n°290 et s.

³⁸² Pour des exemples sur les premières interprétations de la loi nouvelle par la Cour de cassation, cf. *infra* n°446 et s.

³⁸³ Dans la mesure où le texte ne contient aucune signification objective, il est livré à la subjectivité de ses interprètes et aura autant de significations qu'il aura d'interprètes, Cf. *supra* n°56 et s.

l'interprète d'un texte dépourvu de signification propre. Le sens attribué n'est pas non plus authentique parce que seule la Cour de cassation est habilitée à attribuer à la loi un sens authentique et que par définition, dans cette hypothèse, elle ne s'est pas encore prononcée.

98. Illustrations de la subjectivité de l'interprétation - L'étude des pourvois en cassation relayant une question juridique inédite en jurisprudence permet de comprendre que l'interprétation de l'avocat est entièrement guidée par ses préférences subjectives. La problématique de la réticence en matière de contrat de vente en fournit une bonne illustration. À l'occasion d'un pourvoi ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre commerciale en 1965³⁸⁴, un fait à l'origine d'une prétention et d'une qualification juridique inédite³⁸⁵, a été porté jusqu'à la Cour de cassation. En l'espèce, un couple avait obtenu en 1950 une autorisation administrative, valable dix années, pour installer une station-service sur son lieu d'habitation. À l'issue de cette période, c'est-à-dire en 1960, le couple vendit son immeuble à usage d'habitation et commercial à un autre couple sans le prévenir du fait que l'installation de station-service n'avait été autorisée qu'à titre précaire. Les acquéreurs furent donc surpris d'apprendre par l'administration, quelques mois après la conclusion de la vente, qu'ils n'avaient plus le droit d'exploiter le fonds de commerce et qu'ils devaient remettre en état d'origine les lieux de l'exploitation. Ils cherchèrent en conséquence à obtenir en justice la nullité du contrat de vente et l'obtention de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1116 du Code civil. Cet article qui dispose que « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* » a donc servi de support à la prétention des acquéreurs qui soutenaient que cette disposition était applicable en cas de silence volontaire du vendeur. Cette interprétation de l'article 1116 du Code civil était totalement nouvelle, la Cour de cassation ayant jusque-là limité son application aux actes positifs de tromperies. Pourtant, la cour d'appel de Bordeaux fit droit à la prétention en retenant que les vendeurs « *ont volontairement dissimulé aux acquéreurs, une situation réelle qui, si elle avait été connue, les aurait empêchés de donner leur accord au contrat de vente vicié par un dol* »³⁸⁶. Les vendeurs formèrent alors un pourvoi en cassation et leur avocat aux

³⁸⁴ Pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt Com., 27 oct. 1965, *Bull. civ.* IV, n°534.

³⁸⁵ Il faut éviter toute affirmation péremptoire. Il est très difficile de savoir si c'est effectivement la toute première fois que la Cour de cassation s'est demandée si le fait pour un vendeur de cacher une information à son partenaire pouvait être constitutif d'un dol, car certaines décisions, notamment les plus anciennes, ne sont pas facilement accessibles. En d'autres termes, même si on pense avoir trouvé la première interprétation de l'article 1116 du C. civ. sur ce point, rien ne nous permet d'en avoir la certitude.

³⁸⁶ Extrait de la décision de la Cour d'appel de Bordeaux reproduit dans Com., 27 oct. 1965, arrêt précité.

Conseils fut alors chargé d'interpréter cette disposition. À l'évidence, l'avocat n'était pas tenu par un sens qui serait interne au texte, et qu'il n'aurait alors qu'à appliquer au cas d'espèce. Dans la mesure où la Cour de cassation ne s'était pas encore prononcée sur ce point, la question de savoir si cette disposition avait vocation à s'appliquer au simple silence était effectivement encore entière. Plusieurs possibilités s'offraient en conséquence à l'avocat. Il aurait pu soutenir que les « *manœuvres* » visées à l'article 1116 du Code civil ne pouvaient pas correspondre à un simple silence, mais il préféra plutôt défendre l'inapplicabilité de la disposition en l'absence de preuve du caractère volontaire du silence : « *aux termes exprès de l'article 1116 du code civil, le dol ne se présume pas et doit être prouvé. Or, d'aucune des énonciations de l'arrêt, il ne résulterait que des manœuvres quelconques eussent été pratiquées par les vendeurs en vue d'amener sciemment, fût-ce par un silence prémédité, les acheteurs à conclure la vente litigieuse* »³⁸⁷.

Ce fut donc aux termes d'une évaluation, entre plusieurs interprétations également possibles que l'avocat se décida. Même si son moyen fut rejeté, l'interprétation choisie imprima au texte un sens qu'il ne contenait pas initialement. Pour preuve, si la situation inverse s'était produite, c'est-à-dire si les juges du fond avaient écarté l'existence d'un dol en l'espèce, alors le représentant de l'auteur du pourvoi, c'est-à-dire des acheteurs, aurait au contraire soutenu que cette disposition était applicable au silence volontairement gardé par le vendeur.

Par ailleurs, tant que la Cour de cassation n'avait pas répondu à cette question juridique inédite relayée par le pourvoi, aucune réponse, celle des juges du fond ou celle de l'avocat aux Conseils, ne pouvait être démentie *a priori* par un acte de connaissance. Non seulement la Haute juridiction avait le pouvoir d'opter pour l'une ou l'autre signification, par la voie de la cassation ou du rejet, mais elle pouvait encore par le recours à certaines techniques dont elle use très modérément (relevé d'office, substitution de motifs, etc.) attribuer à l'article 1116 du Code civil une signification qu'aucun des interprètes antérieurs n'avait imaginée³⁸⁸.

En définitive, face à un texte qui n'a jamais fait l'objet d'une interprétation authentique de la part de la Cour de cassation, l'avocat jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour donner au texte en cause le sens qui répond aux intérêts qu'il représente. Il faut maintenant vérifier que, face à un texte déjà interprété par la Haute juridiction, l'avocat est encore libre d'agir selon sa seule volonté.

³⁸⁷ V. le moyen unique au pourvoi reproduit dans Com., 27 oct. 1965, arrêt précité.

³⁸⁸ Sur ces techniques, cf. *infra* n°350 et s.

B. La liberté de l'avocat face à un énoncé textuel enrichi d'une interprétation authentique

99. Hypothèse concernée - Il arrive très souvent qu'un avocat soit amené à attribuer un sens à un énoncé qui a déjà été interprété par la Cour de cassation. Plus que dans la première hypothèse, la question se pose de savoir si le sens que lui a donné la Cour de cassation à la suite d'une interprétation authentique s'impose ensuite à l'avocat aux Conseils de sorte qu'il lui serait interdit de lui attribuer un sens concurrent, voire contraire. On pourrait être tenté de le penser puisque le texte est désormais enrichi d'une signification authentique qui peut être décrite par la science du droit³⁸⁹ et qui peut donc être connue de l'avocat. En réalité, il n'en est rien, l'avocat reste libre d'opter pour une autre signification pour des causes que nous allons présenter.

100. Causes de la subjectivité de l'interprétation - Il n'est pas possible, comme dans l'hypothèse précédente, de justifier la subjectivité de l'interprétation de l'avocat en se fondant uniquement sur le principe d'indétermination textuelle. Ici en effet, si l'avocat agit selon sa volonté, ce n'est pas parce que les textes sont dépourvus de significations, puisque la Cour de cassation leur a justement désormais attribué un sens qui génère des effets dans le système juridique.

Il faut donc rechercher ailleurs la cause de sa subjectivité. Or, il se trouve que la *TRI* et la *théorie des contraintes juridiques* contiennent des éléments de réponse à notre interrogation. Ces deux théories retiennent en effet que si les interprétations de la Cour de cassation sont constitutives de normes, ces normes doivent s'analyser comme des actes de volonté, des faits et non comme des entités idéelles qui contiendraient une signification objective détachable de l'acte de volonté qui en est à l'origine³⁹⁰. Ces normes ne sont pas des obligations mais seulement des « *faits juridiques authentiques* »³⁹¹. Aussi l'interprétation de l'avocat n'est-elle pas le produit « *d'une norme préalable supposée éclaircie par une interprétation* »³⁹² car elle « *n'est pas déterminée par une norme qui le lierait* »³⁹³.

³⁸⁹ Sur le rôle de la science du droit dans la description des interprétations authentiques, cf. *supra* n°75.

³⁹⁰ C'est la conception expressive des normes sur laquelle reposent la *TRI* et la *Théorie des contraintes juridiques*, cf. *supra* n°74.

³⁹¹ Ch. Grzegorzczuk, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai d'une reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 32.

³⁹² M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczuk (dir.), *op. cit.*, p. 13.

³⁹³ *Ibid.*, p. 13.

Autrement dit, les rapports de l'avocat aux Conseils aux interprétations de la Cour de cassation ne s'analysent pas en termes d'*obligations juridiques à appliquer* mais seulement en termes de *faits juridiques authentiques à prendre en compte*.

Ramenées à notre démonstration, ces analyses permettent de comprendre que lorsque l'avocat interprète des textes qui ont déjà fait l'objet d'interprétations de la Cour de cassation, il considère ces interprétations authentiques seulement du point de vue de leur utilité pour l'intérêt du client représenté. Pour le dire autrement, l'avocat entretient avec la jurisprudence de la Cour de cassation, non un rapport d'obligation, mais seulement un rapport d'utilité. Certes, au moment où il évalue les chances de succès du recours à l'occasion d'une consultation avant-pourvoi³⁹⁴, il peut être contraint de refuser de défendre un justiciable au regard d'une ou plusieurs décisions antérieures en vue de préserver sa crédibilité devant la Cour de cassation, et protéger ainsi son monopole de représentation. Mais dès lors qu'il accepte de défendre un justiciable, seul compte l'intérêt du client. Ainsi, la jurisprudence antérieure ne devient qu'un fait à exploiter lorsqu'elle favorise le succès de la prétention représentée ou à ignorer dans le cas inverse. En d'autres termes, l'avocat est rationnellement contraint d'utiliser l'interprétation authentique d'un texte dès lors qu'elle présente une utilité pour son client et totalement libre de l'écarter dans l'hypothèse inverse. Au final, les décisions de la Haute juridiction sont contraignantes pour l'avocat seulement lorsqu'il le décide³⁹⁵, c'est-à-dire uniquement lorsque parmi tous les choix d'interprétation qui s'offrent à lui, celui qu'avait antérieurement retenu la Cour de cassation apparaît le plus opportun.

101. Illustrations de la subjectivité de l'interprétation - Face à un texte enrichi d'une signification authentique, l'avocat agit donc encore selon sa volonté. Il va user de son pouvoir d'interprète en fonction de son objectif. S'il existe dans la jurisprudence antérieure une interprétation textuelle qui sert cet objectif, alors il a tout intérêt à l'utiliser et à la recommander à la Cour de cassation. Si, à l'inverse, il n'existe pas de jurisprudence antérieure favorable au succès de la prétention représentée, alors il optera pour une interprétation

³⁹⁴ Cf. *supra* n°12.

³⁹⁵ Pour que la jurisprudence relative aux textes invoqués dans le litige s'analyse systématiquement, du point de vue de l'avocat, comme une *contrainte juridique*, la Cour de cassation devrait sanctionner le professionnel à chaque fois qu'il s'écarte d'une de ses interprétations antérieures. Or, il se trouve qu'en dehors de certains mécanismes qui n'ont pas été pensés pour cela (v. par ex. la procédure de non-admission des pourvois), la Cour de cassation ne s'est pas encore reconnue le pouvoir de sanctionner systématiquement et directement des moyens qui préconiseraient une interprétation contrariant sa jurisprudence. On ne s'en étonnera guère dans la mesure où cela supposerait non seulement qu'elle reconnaisse ouvertement la normativité de sa jurisprudence, mais également qu'elle entretienne avec elle un rapport encore plus contraignant. Pour des propositions en ce sens, cf. *infra* n°433.

concurrente et invitera la Cour à en faire de même. On peut s'en convaincre en reprenant l'exemple de question de la réticence dolosive. Comme on l'a signalé, la Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi l'invitant à déterminer si l'article 1116 du Code civil était applicable à la dissimulation volontaire par le vendeur d'informations déterminantes du consentement de l'acheteur. Or, en s'appuyant sur la décision des juges du fond, elle répondit par l'affirmative, en interprétant cette disposition comme permettant de sanctionner la simple réticence du vendeur par la nullité du contrat de vente³⁹⁶. L'article 1116, qui n'avait jusqu'à lors été appliqué qu'aux manœuvres positives, s'est donc trouvé, par l'effet de cette décision de 1965, enrichi d'une nouvelle signification authentique, dont on aurait pu croire qu'elle agirait comme une contrainte sur les interprétations ultérieures des avocats. Pourtant, à l'occasion d'un pourvoi formé deux années plus tard, un avocat aux Conseils attribua à l'article 1116 du Code civil la signification exactement inverse en soutenant que « *la simple réticence, non accompagnée de faits positifs de tromperie, ne suffit pas à constituer la manœuvre frauduleuse constitutive du dol* »³⁹⁷. Même si la première Chambre civile a finalement opté pour la solution que la Chambre commerciale avait posée en 1965³⁹⁸ en rejetant le moyen défendu par l'avocat, il n'empêche que le choix du représentant était rationnel. Dans la mesure où il défendait le vendeur, il n'avait en effet aucun intérêt à opter pour la signification retenue par la Cour de cassation deux ans auparavant car elle aboutissait concrètement à l'annulation de la vente et au versement de dommages-intérêts au profit de l'acheteur, résultats exactement contraires à ceux qui étaient recherchés par son client. Par ailleurs, dans la mesure où la Cour de cassation connaît parfois des divergences entre ses différentes chambres, son choix aurait très bien pu provoquer une opposition entre la première Chambre civile et la Chambre commerciale sur la question de l'assimilation de la réticence au dol, opposition qui lui aurait permis d'atteindre son but. Ainsi, comme on vient de le constater, l'avocat n'est pas contraint par la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle contrarie son objectif.

Si au contraire, dans une situation factuelle identique, le mandataire avait représenté les intérêts de l'acheteur, il aurait été rationnel d'exploiter cette solution antérieurement admise par la Cour de cassation. C'est du reste ce qui transparaît de l'étude des pourvois ultérieurs. Pour ne citer qu'un exemple, en 1987, un avocat aux Conseils représentait cette fois-ci l'acquéreur d'un fonds de commerce qui souhaitait obtenir la résiliation de la cession car au

³⁹⁶ V. Com., 27 oct. 1965, *Bull. civ.* IV, n°534.

³⁹⁷ 1^{ère} branche du 2^{ème} moyen de cassation reproduit dans l'arrêt Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1967, *Bull. civ.* I, n°58.

³⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1967, arrêt précité : « Le dol peut résulter du silence d'une partie ».

moment de sa conclusion, le cédant, alors propriétaire du fonds de commerce, ne l'avait pas informé de son état de cessation de paiement. Afin de servir les intérêts de son client, l'avocat avait alors tout intérêt à utiliser l'interprétation antérieure de la Cour de cassation aux termes de laquelle le dol peut résulter d'un simple silence. C'est ce qu'il fit dans un moyen fondé sur l'article 1116 du Code civil aux termes duquel « *le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter* »³⁹⁹. Le choix du représentant était rationnel, car conformément à l'intérêt du client, il poussait la Cour de cassation à se montrer cohérente vis-à-vis de ses positions antérieures.

102. Propos conclusifs - Force est donc de constater que les propositions de la *TRI* trouvent un écho dans la pratique de l'avocat aux Conseils. Son interprétation, comme l'interprétation des juges du fond, comme toute interprétation, n'est ni vraie ni fausse, elle procède seulement de la volonté. La démarche de l'interprète n'est ni descriptive, ni objective. Elle ne tend pas à dégager les sens objectifs d'un texte puisqu'il n'en contient pas, ni à appliquer ceux qui ont été dégagés par l'interprète authentique, puisqu'ils ne s'imposent pas nécessairement aux autres interprètes, mais seulement à prescrire un sens déterminé à la suite de décisions rationnelles entièrement guidées et justifiées par des préférences subjectives.

Section 2. Une liberté soumise à des contraintes

103. Diversité des contraintes - Comme on l'a signalé dès l'introduction de ce chapitre, même si l'interprétation d'un texte n'est fonction que de la volonté de son auteur, celui-ci est soumis, dans l'exercice de son pouvoir, à un certain nombre de contraintes qui viennent limiter sa liberté. Si conformément à la *Théorie des contraintes juridiques*, on limitera notre propos aux contraintes « *spécifiquement juridiques* »⁴⁰⁰, encore faut-il parvenir à les identifier. Concernant l'avocat aux Conseils, on a déjà pu constater que c'est le client qui prédétermine le but de l'interprétation. Il indique effectivement à son représentant l'objectif qu'il poursuit en formant un pourvoi en cassation, objectif qui devient celui de l'avocat par l'effet du mandat.

³⁹⁹ 2^{ème} moyen au pourvoi n°84-17.776 (Com., 5 mai 1987).

⁴⁰⁰ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 12 : « *L'objet de la présente théorie n'est pas de rendre compte de tous les types de contraintes mais uniquement de celles qui sont spécifiquement juridiques* », c'est-à-dire celles qui résultent de la configuration du système juridique.

Libre de déterminer le contenu de son interprétation, l'avocat n'a donc pas le choix de sa finalité. Cela dit, cette situation ne s'analyse pas comme une contrainte, mais seulement comme une habilitation, « *une norme permissive qui détermine le cadre dans lequel s'exerceront les contraintes, en conférant à l'acteur un pouvoir discrétionnaire* »⁴⁰¹.

À côté de ces considérations inhérentes à la fonction de mandataire, l'avocat doit également composer, dans le choix des moyens mis en œuvre pour atteindre l'objectif assigné par le client, avec des contraintes résultant de la configuration du système dans lequel il opère⁴⁰². D'autres acteurs juridiques peuvent en effet, dans l'exercice de leur pouvoir, être à l'origine de situations qui restreignent les possibilités de choix de l'avocat aux Conseils. Ces contraintes peuvent par exemple provenir de ses échanges avec son confrère et adversaire dans le procès en cassation qui le conduisent à réorienter ses stratégies⁴⁰³, ou encore de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui le pousse à s'en inspirer⁴⁰⁴. Au regard de leur grande diversité, il apparaît impossible de présenter, de manière exhaustive, l'ensemble des contraintes susceptibles de peser sur les choix stratégiques de l'avocat d'autant que la plupart d'entre elles sont contingentes.

104. L'intérêt des prochains développements consistera donc, plus modestement, à identifier les contraintes auxquelles l'avocat se trouve systématiquement confronté, c'est-à-dire celles qui déterminent les conditions d'exercice de son pouvoir. Elles correspondent aux contraintes auxquelles l'avocat ne saurait rationnellement se soustraire car il est fortement probable que leur inobservation entraîne une sanction qui lui empêche d'atteindre son but. Il n'a en effet aucun intérêt à ne pas prendre en compte ces contraintes car il s'expose au risque

⁴⁰¹ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, p. 22.

⁴⁰² On parle de contraintes *lato sensu*, c'est-à-dire que l'avocat choisit le résultat de son interprétation, mais pas les moyens pour y parvenir, v. *ibid.*, p. 21, et M. Troper, « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in O. Pfersmann, G. Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, pub. de la Sorbonne « De Republica -3 », 2001, p. 38 : « *On parlera de contraintes spécifiquement juridiques, lorsque, pour atteindre un certain but, il n'existe qu'un moyen ou tout au moins lorsqu'un moyen apparaît comme le meilleur (...). Il se peut, bien entendu, que l'agent ne perçoive pas cette contrainte et n'emploie pas ce moyen, mais dans ce cas, il manque son but* ».

⁴⁰³ Même si elles peuvent présenter un intérêt théorique, les contraintes résultant des échanges d'écritures entre le demandeur et le défendeur en cassation ne seront pas étudiées dans la présente étude. D'une part, nous n'avons pas eu accès à un nombre suffisant de conclusions pour comprendre de quelles manières elles étaient susceptibles de limiter la liberté de l'avocat du demandeur au pourvoi. D'autre part, le défendeur joue un rôle secondaire dans le procès en cassation dont l'objet est d'opposer l'arrêt critiqué aux moyens de cassation (cf. *supra* n°18). Enfin, la présence d'un défendeur en cassation n'est pas systématique alors que nous ambitionnons de rechercher ce qui, dans le système juridique, agit systématiquement sur la liberté de l'avocat aux Conseils.

⁴⁰⁴ C'est ce qu'on a constaté dans la section précédente. L'avocat est rationnellement contraint d'exploiter une solution antérieure de la Cour de cassation lorsqu'elle sert l'intérêt de son client.

d'irrecevabilité du pourvoi ou des moyens⁴⁰⁵, c'est-à-dire à un obstacle dirimant à la réalisation de son objectif dans la mesure où la Cour de cassation ne se livrera même pas à l'examen du bien-fondé de son argumentation. Cette sanction peut être prononcée par une décision d'irrecevabilité ou de non-admission⁴⁰⁶. Concrètement, en raison des spécificités de sa mission, la Haute juridiction attend en effet des représentants des parties, et plus particulièrement du demandeur qu'il se soumette à des règles strictes relatives à l'exercice du pourvoi (§1) et à l'élaboration des moyens qui le soutiennent (§2).

§1. Les contraintes relatives à l'exercice du pourvoi

105. L'exercice d'un pourvoi est soumis à une série d'exigences, dont le respect est systématiquement et prioritairement vérifié par la Cour de cassation⁴⁰⁷. L'avocat aux Conseils, en tant que représentant de l'auteur du pourvoi, a tout intérêt à les respecter parce que leur inobservation est sanctionnée par l'irrecevabilité du recours, irrecevabilité qui peut être soulevée par la partie adverse qui a tout intérêt à ce que le pourvoi soit déclaré irrecevable, mais également d'office par la Haute juridiction. Ces règles sont nombreuses et techniques, on présentera donc seulement les plus importantes, à savoir celles qui viennent délimiter l'objet du pourvoi (A) et fixer les délais pour l'exercer (B).

⁴⁰⁵ Nous ne consacrerons pas de développements autonomes à la sanction de l'inobservation de ces contraintes. Il faut dire que l'étude de la jurisprudence sur ce point laisse apparaître non pas une mais plusieurs sanctions (décision d'irrecevabilité, décision de non-admission) sans qu'il soit possible de déterminer précisément laquelle d'entre elles trouve à s'appliquer en fonction du manquement envisagé. Les sanctions seront donc envisagées à mesure que les différentes prescriptions seront étudiées.

⁴⁰⁶ La décision de non-admission a été instaurée en 2001 afin de permettre à la Cour de cassation d'opérer un filtrage des recours. Elle est rendue en formation restreinte et n'est pas motivée. Comme la décision d'irrecevabilité, elle frappe les pourvois qui ne respectent pas les exigences élémentaires de recevabilité (pourvoi formé hors délai, sans l'assistance d'un avocat), mais elle est surtout employée pour sanctionner un moyen dépourvu de sérieux, c'est-à-dire « celui qui en l'état des règles techniques qui gouvernent la recevabilité et le bien fondé d'un moyen, n'est pas de nature, pour l'avocat, à poser une question pertinente à la Cour de cassation » : Ph. Blondel, « Le critère de non-admission : quelle rationalité ? », in S. Amrani-Mekki, L. Cadiet (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation : quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, Paris, Economica, 2005, p. 92. Pour un aperçu plus global, v. S. Amrani-Mekki, « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation », in S. Amrani-Mekki, L. Cadiet (dir.), *op. cit.*, p. 19 et s. et G. Canivet, « La procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002, p. 2195 et s.

⁴⁰⁷ V. sur ce point : *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 36, n°90 : « La recevabilité du pourvoi est indépendante de celle des moyens et s'apprécie préalablement sans qu'il y ait lieu d'examiner la régularité et l'objet du ou des moyens proposés ».

A. Les exigences relatives à la décision contestée par le pourvoi

106. Les exigences relatives aux qualités de la décision contestée - Le pourvoi en cassation ne peut pas être dirigé contre n'importe quelle décision. Il faut que la décision contestée présente certaines qualités pour que le recours soit recevable. Comme l'indique l'article 605 du Code de procédure civile, « *le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort* ». La Cour de cassation est venue expliciter cette disposition en apportant plusieurs précisions.

Déjà, le pourvoi n'est recevable qu'à l'encontre du dispositif d'une décision rendue en dernier ressort⁴⁰⁸. Quand bien même ils seraient erronés en droit, les seuls motifs d'une décision ne peuvent pas faire l'objet d'un pourvoi⁴⁰⁹. Ensuite, le pourvoi ne peut contester que des décisions de nature juridictionnelle. Cette « *qualification comprend les jugements gracieux aussi bien que les jugements contentieux* »⁴¹⁰. Sans entrer dans le détail des catégories de jugements contre lesquels le pourvoi est recevable⁴¹¹, les jugements d'expédient sont par exemple susceptibles de pourvoi alors que les jugements de donné acte ne le sont pas⁴¹².

Par ailleurs, le pourvoi doit être dirigé contre une décision rendue en dernier ressort. Une décision rendue en dernier ressort est une décision contre laquelle les voies de recours ordinaires, l'appel et l'opposition ne sont pas ou plus ouverts. Comme l'a souligné la Cour de cassation, seuls sont donc visés les arrêts des cours d'appel ou les jugements de première instance rendus en premier et dernier ressort⁴¹³. Elle a également admis la possibilité de se pourvoir immédiatement contre les jugements mixtes⁴¹⁴ et contre « *les jugements en dernier ressort qui statuant sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre*

⁴⁰⁸ V. par ex : Com., 17 mars 1998, n°95-43.416 : « Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre des dispositions figurant dans le dispositif des décisions judiciaires en dernier ressort; est donc irrecevable le pourvoi dont les moyens ne concernent aucune partie du dispositif de l'arrêt attaqué ».

⁴⁰⁹ Civ. 2^{ème}, 5 avril 1965, n°63-11.483, *Bull. civ.* II, n°343.

⁴¹⁰ L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°875, p. 666.

⁴¹¹ Nous renvoyons ici aux développements exhaustifs de S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile : droits interne et de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2014, n°1299, pp 891-892 et de J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°30.01 à 40.01, pp. 89-162.

⁴¹² V. la solution de principe : Civ. 25 févr. 1901, *DP* 1903, I, p. 580 : « À la différence du jugement de donné acte, le jugement d'expédient constitue une véritable décision susceptible de faire l'objet d'un pourvoi en cassation ».

⁴¹³ V. par ex. pour une illustration récente de ce que le pourvoi n'est ouvert qu'à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort : Civ. 3^{ème}, 23 mai 2007, n°06-18.152, *Bull. civ.* III, n°87. En l'espèce, la décision contestée était susceptible d'appel.

⁴¹⁴ Par ex : Civ. 1^{re}, 13 oct. 1992, n°01-17.520, *Bull. civ.* I, n°246 : « Est immédiatement recevable le pourvoi formé contre un arrêt qui, statuant sur des mesures provisoires a, en décidant de la loi applicable au divorce, tranché dans son dispositif une partie du principal ».

incident, mettent fin à l'instance »⁴¹⁵. En revanche, les jugements rendus en dernier ressort indépendamment des jugements sur le fond ne peuvent pas faire l'objet d'un pourvoi sauf en cas d'excès de pouvoir⁴¹⁶, on parle alors de pourvoi-nullité⁴¹⁷.

À côté de ces exigences relatives à la décision critiquée par le pourvoi, l'avocat doit également tenir compte des délais encadrant l'exercice du recours, délais qui concernent l'introduction et l'instruction du pourvoi.

B. Les exigences relatives aux délais encadrant l'exercice du pourvoi

107. Le délai relatif à l'introduction du pourvoi - Comme le rappelle régulièrement la Cour de cassation, « le pourvoi en cassation doit être formé, dans un délai de deux mois, par une déclaration faite au secrétariat-greffe de la cour de cassation signée par un avocat au conseil d'État et à la Cour de cassation »⁴¹⁸. Aussi l'avocat doit-il veiller au respect de ce délai également rappelé à l'article 612 du Code de procédure civile. Dans certaines circonstances prévues par la loi et admises par la jurisprudence, ce délai peut être réduit⁴¹⁹ ou allongé⁴²⁰. En principe, il court dès la notification à partie de la décision attaquée, à condition que la notification soit régulière⁴²¹. En revanche, si le jugement ou l'arrêt attaqué a été rendu par défaut, le pourvoi ne peut être formé qu'à expiration du délai d'opposition⁴²². En cas d'inobservation de ce délai, la Cour de cassation décide, de manière constante, que le recours est irrecevable⁴²³, cette fin de non-recevoir étant soulevée d'office par le juge.

⁴¹⁵ V. Art. 607 et s. du CPC.

⁴¹⁶ Par ex : Civ. 2^{ème}, 16 oct. 2003, n°01-17.520, *Bull. civ. II*, n°305 : « Attendu que les arrêts qui, sans trancher dans leur dispositif une partie du principal, ordonnent une mesure provisoire, ne peuvent, sauf excès de pouvoir, être frappés de pourvoi en cassation, indépendamment des décisions sur le fond, que dans les cas spécifiés par la loi ».

⁴¹⁷ Sur la question de l'existence, de l'autonomie et du domaine du pourvoi-nullité, v. A. Perdriau, « Existe-t-il des pourvois-nullité ? », *D.* 2002, p. 1993 et s. et A. Marlange, « Le pourvoi-nullité », *Justice et Cassation*, 2008, pp. 237 et s.

⁴¹⁸ Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1984, n°84-80.024, *Bull. civ. I*, n°342.

⁴¹⁹ Le délai est réduit notamment en raison de la matière concernée comme en matière de concurrence (1 mois), d'expropriation (15 jours), d'entrée et de séjour des étrangers (10 jours) etc.

⁴²⁰ Le délai est augmenté à raison de la distance. Si le demandeur au pourvoi réside dans un département ou un territoire d'outre-mer, il dispose de trois mois pour se pourvoir, s'il réside à l'étranger de quatre mois, à condition qu'il réside à titre habituel hors de métropole (V. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1987, n°84-14.996, *Bull. civ. I*, n°169 : à propos d'un déplacement temporaire en Tunisie).

⁴²¹ Civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985, n°83-16.928, *Bull. civ. I*, 1985, n°24 : la signification d'un arrêt incomplet ne remet pas en cause la recevabilité d'un pourvoi formé plus de deux mois après.

⁴²² Civ. 2^{ème}, 7 nov. 1984, n°83-13.938, *Bull. civ. II*, n° 159 : le pourvoi n'est recevable que s'il est justifié de l'expiration du délai d'opposition.

⁴²³ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 25 mai 1987, n°84-14.996, *Bull. civ. I*, n° 169.

108. Les délais relatifs à l'instruction du pourvoi - Une fois le pourvoi introduit en temps utile, la procédure « entre alors en seconde phase, le pourvoi sera, selon une formule traditionnelle, instruit par les avocats de la cause. Cette phase d'instruction du pourvoi comporte deux opérations principales : le dépôt et la signification du mémoire du demandeur, traditionnellement appelé mémoire ampliatif »⁴²⁴. Or, pendant cette phase d'instruction du pourvoi, des délais doivent également être observés. Dans les quatre mois après le dépôt du pourvoi, le représentant du demandeur doit déposer ses écritures au greffe de la Cour de cassation et les signifier au défendeur. Au visa de l'article 978 du Code de procédure civile, la Cour de cassation prononce systématiquement la déchéance du pourvoi déposé et signifié hors délai, soit par ordonnance du Premier président, soit par arrêt⁴²⁵. Par ailleurs, après ce délai, l'avocat du demandeur ne pourra ni modifier ni ajouter un moyen de cassation, le moyen additionnel ou rectificatif étant déclaré irrecevable⁴²⁶. Le mémoire ampliatif est ensuite transmis au représentant du défendeur qui disposera à son tour de deux mois pour rédiger un mémoire en défense⁴²⁷.

§2. Les contraintes relatives à l'élaboration des moyens de cassation

109. Indépendamment des contraintes venant restreindre la liberté d'exercer un pourvoi, il existe également des contraintes venant limiter la liberté de l'avocat dans l'élaboration de ses moyens de cassation, c'est-à-dire dans le choix des arguments de droit invoqués à l'appui du pourvoi⁴²⁸. Comme l'a justement indiqué le doyen Perdriau, « *un pourvoi peut être recevable pour avoir été formé par une partie qualifiée, dans les conditions de forme et de délai requises, contre une décision qui en était immédiatement susceptible, et proposer, en vue de la cassation, un moyen qui, lui, n'est pas recevable parce qu'il est nouveau, contraire*

⁴²⁴ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°705, p. 106.

⁴²⁵ Pour un ex. récent, v. Civ. 2^{ème}, 9 janv. 2014, n°13-12.037 : « Attendu que Mme X n'a pas déposé de mémoire ampliatif dans le délai de quatre mois ; la déchéance du pourvoi est encourue ».

⁴²⁶ Cette sanction avait été retenue avant le décret du 22 mai 2008 la prévoyant expressément (v. par ex. : Civ. 2^{ème}, 30 juin 1977, n°76-14.718, *Bull. civ.* II, n°171) et a été réaffirmée après son entrée en vigueur (v. par ex. : Soc., 26 déc. 2008, n°07-43.862).

⁴²⁷ Si l'article 982 du CPC prévoit l'irrecevabilité du mémoire en défense déposé hors délai, la Cour de cassation ne l'a jamais encore prononcé de sorte qu'il est possible d'affirmer qu'il n'y a pas de déchéance du droit de défendre (sauf dans l'hypothèse d'une demande ou d'un pourvoi incident, mais alors il ne s'agit plus d'écritures défensives). Peut-être ce silence de la Cour de cassation résulte-t-il de la faible importance du mémoire en réponse dans la procédure de cassation, dont l'objectif est de défendre la décision contestée par le pourvoi en réfutant les moyens avancés par le demandeur.

⁴²⁸ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Moyen de cassation, *Moyen : « *se dit principalement des raisons de droit invoquées par un plaideur au soutien d'un pourvoi* ». Cette définition du moyen, suffisante à ce stade de la réflexion, ne rend toutefois pas compte de l'ensemble des éléments contenus dans un moyen de cassation, cf. *infra* n°280.

à de précédentes écritures, mélangé de fait et de droit etc. »⁴²⁹. La Cour de cassation a en effet posé de nombreuses règles relatives aux moyens de cassation. Ces règles ont pour effet de limiter le pouvoir d'interprétation de l'avocat puisque c'est dans le moyen que le mandataire recommande une interprétation du texte conforme à l'intérêt de son client⁴³⁰. L'avocat ne saurait pourtant se soustraire à ces contraintes car leur méconnaissance peut être sanctionnée par une décision d'irrecevabilité ou plus fréquemment par une décision de non-admission, sanctions qui ne laissent aucune chance au succès de la prétention représentée⁴³¹. Ces règles, nécessairement prises en considération par l'avocat, précisent d'abord les éléments qui doivent invariablement se trouver dans le contenu du moyen de cassation (A) et signalent également les qualités auxquelles il doit satisfaire (B).

A. Les exigences relatives au contenu du moyen de cassation

110. Exigence de précision et contenu du moyen de cassation - La Cour de cassation a posé toute une série de règles visant à structurer le contenu du moyen de cassation. Ces règles s'articulent autour d'une exigence plus générale de précision. Reprenant la formulation de l'alinéa 2 de l'article 978 du Code de procédure civile, la Cour de cassation décide, sous peine d'irrecevabilité, qu'« un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture, et que chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même sanction, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision, et ce en quoi, celle-ci encourt le reproche invoqué »⁴³². Cette exigence suppose donc que l'avocat aux Conseils précise dans son moyen le cas d'ouverture à cassation sur lequel il repose (1), la partie critiquée de la décision et la critique adressée à la décision (2).

⁴²⁹ A. Perdriau, « La non-admission des pourvois », *JCP G.*, I, 2002, p. 183.

⁴³⁰ C'est ce que nous avons démontré dans l'introduction du présent titre. Le moyen doit toujours être fondé sur une loi ou un principe sous peine d'irrecevabilité : cf. *supra* n°29, cf. égal. *supra* n°86 et *infra* n°296. Cette règle n'est pas à proprement parler, une contrainte, mais une règle permissive, qui autorise l'avocat à exercer un pouvoir d'interprétation.

⁴³¹ Certes à la différence des règles relatives à la recevabilité du pourvoi, ces règles supposent que la Cour de cassation procède à un examen des moyens, mais il s'agit d'un examen minimal qui entraîne, une fois constaté le manquement aux exigences relatives à la présentation et au contenu des moyens, une irrecevabilité. Le bien-fondé des moyens n'est donc pas étudié par la Haute juridiction.

⁴³² Civ. 1^{ère}, 19 mai 1981, n°80-10.907, *Bull. civ. I*, n°166.

1. La précision relative au cas d'ouverture invoqué

111. Le visa d'un cas d'ouverture, condition de recevabilité - La Cour de cassation impose non seulement à l'avocat de viser un cas d'ouverture précis⁴³³, mais également de ne viser qu'un cas d'ouverture par moyen ou par branche du moyen. Elle a par exemple jugé irrecevable un moyen qui visait trois cas d'ouverture différents : l'incompétence, la dénaturation du contrat et la violation de la loi⁴³⁴. C'est la Cour de cassation, parfois inspirée par des propositions doctrinales, qui a dégagé les cas d'ouverture à cassation recevables⁴³⁵, c'est-à-dire un nombre limité d'hypothèses dans lesquelles le pourvoi peut être exercé. Si tous les moyens de cassation reprochent expressément aux juges du fond la violation d'une loi ou d'un principe⁴³⁶, ils doivent au demeurant s'appuyer sur l'un des cas d'ouverture suivants : l'excès de pouvoir, la contrariété de jugements, la perte de fondement juridique, le vice de forme, la violation de la loi, le défaut de base légale, le défaut ou la contradiction de motifs et enfin la dénaturation⁴³⁷. Si plusieurs classifications des cas d'ouverture ont été proposées⁴³⁸, nous utiliserons celle qui tend à distinguer les *cas d'ouverture marginalement admis* aux *cas d'ouverture principalement admis*⁴³⁹.

⁴³³ La Cour de cassation exige, sous le visa de l'article 978 al. 2 du CPC, que le moyen vise un cas d'ouverture précis. V. par ex. : Civ. 3^{ème}, 2 févr. 1982, n°80-15.295 : « Attendu que ne précisant ni le cas d'ouverture à cassation invoqué ni le texte qui aurait été violé, le moyen est, par application des dispositions de l'article 978 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, irrecevable ».

⁴³⁴ Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1993, n°89-19.033, *Bull. Civ. I*, n°60 : « Mais attendu que ce moyen, qui met en œuvre trois cas d'ouverture à cassation, à savoir une violation des règles relatives à l'assurance pour compte, une violation de l'article 1134 du Code civil, et l'existence d'une contestation sérieuse rendant la juridiction des référés incompétente, est, en application de l'article 978, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, irrecevable ». La Cour de cassation reproche à l'avocat la complexité de son moyen.

⁴³⁵ Lors de la réforme du Code de procédure civile, ses rédacteurs avaient souhaité indiquer précisément les cas d'ouverture à cassation mais ont finalement abandonné l'idée après avoir consulté le Conseil d'État. V. sur ce point J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°70.01, p. 351 : le Conseil d'État a repoussé cette proposition en soulignant « qu'une Cour suprême devait rester maître de ses ouvertures, pour pouvoir adapter son contrôle aux nécessités du moment ».

⁴³⁶ Cf. *infra* n°123.

⁴³⁷ Le moyen d'incompétence n'est pas ici présenté dans la mesure où celui-ci ne peut être soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation par les parties. S'il a été invoqué devant les juges du fond, alors « la cassation est prononcée pour violation de la loi (c'est-à-dire des textes qui définissent la compétence des juridictions », v. M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 143. Il n'est donc pas un cas d'ouverture autonome.

⁴³⁸ V. E. Faye, *La Cour de cassation*, Paris, la Mémoire du droit, réimp. de l'éd. de 1903, 1999, n°171 : l'auteur distingue les *cas de violation de la loi* des *cas de violation des formes* et des *cas de défaut de base légale* et J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Dalloz, 2015, n°70.09 : les auteurs distinguent les cas sanctionnant une *erreur de droit* des cas sanctionnant un *vice de motivation*.

⁴³⁹ M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *op. cit.*, p. 140.

112. Les cas d'ouverture marginalement admis - Parmi les cas d'ouverture marginalement admis, on trouve l'excès de pouvoir, la contrariété de jugement, la perte de fondement juridique, et le vice de forme.

113. L'excès de pouvoir - L'excès de pouvoir a été très tôt défini par la Cour de cassation comme « la transgression par le juge, compétent pour connaître le litige, d'une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité »⁴⁴⁰. Comme Waline l'a expliqué, l'excès de pouvoir est consommé « *lorsque le juge a cessé de faire œuvre juridictionnelle pour se conduire en législateur, en administrateur (...) et lorsqu'il méconnaît les principes sur lesquels reposent l'ordre judiciaire* »⁴⁴¹. L'un des exemples les plus emblématiques de l'excès de pouvoir est celui où les juges du fond critiquent la jurisprudence de la Cour de cassation⁴⁴² ou l'attitude du gouvernement⁴⁴³. Ce moyen, qui peut être invoqué par l'avocat comme par le procureur général⁴⁴⁴, est rarement utilisé et encore plus rarement accueilli. Par exemple, en 2013, il a été invoqué 125 fois devant les Chambres civiles et n'a permis la cassation de l'arrêt critiqué qu'à deux reprises⁴⁴⁵.

114. La contrariété de jugement - La contrariété de jugement est un autre cas d'ouverture qui se rencontre très rarement dans les pourvois. Prévu à l'article 618 du Code de procédure civile, il a été défini par la Cour de cassation. Il autorise l'avocat à critiquer deux décisions qui émanent d'une même juridiction⁴⁴⁶ ou de deux juridictions appartenant à l'ordre judiciaire⁴⁴⁷, dès lors qu'elles sont inconciliables entre elles, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas susceptibles d'exécution simultanée⁴⁴⁸. Le juge pourra alors au choix, s'il accueille le moyen, annuler « l'une des décisions ou, s'il y a lieu, les deux »⁴⁴⁹.

⁴⁴⁰ V. Req., 5 juil. 1875, *DP* 1875, I, p. 475.

⁴⁴¹ M. Waline, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1926, p. 236.

⁴⁴² V. Req., 2 avril 1851, *DP* 1851, I, p. 74.

⁴⁴³ Civ. 1^{ère}, 15 janv. 1980, n°79-16.124, *Bull. civ.* I, n°25 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les orientations de la politique du gouvernement et les actes de mise en œuvre de cette politique entrent dans l'exercice des prérogatives que la constitution confère à celui-ci et échappent à la connaissance des tribunaux judiciaires, le tribunal d'instance a excédé ses pouvoirs et que sa décision doit être annulée ».

⁴⁴⁴ Sur le pourvoi pour excès de pouvoir exercé par le ministère public cf. *supra* n°10 et *infra* n°264.

⁴⁴⁵ La recherche a été menée sur *Légifrance*, à partir du vocable « excès de pouvoir », et limité à la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation.

⁴⁴⁶ Civ. 2^{ème}, 17 nov. 1982, n°81-11.002, *Bull. civ.* II, n°144 : le pourvoi doit être formé contre les deux décisions inconciliables, ces décisions peuvent ne pas avoir été rendues en dernier ressort. Il suffit qu'elles ne soient pas susceptibles de recours ordinaires.

⁴⁴⁷ Soc., 9 déc. 1985, n°84-44.536, *Bull. civ.* V, n°578.

⁴⁴⁸ Soc., 12 mars 1987, n°85-60.573, *Bull. civ.* V, n°162.

⁴⁴⁹ Civ. 2^{ème}, 22 janv. 2004, n°01-11.665, *Bull. civ.* II, n°14.

115. La perte de fondement juridique - L'avocat peut également se fonder sur la perte de fondement juridique lorsqu'il conteste une décision « *qui était parfaitement régulière à l'époque où elle a été rendue, en l'état des éléments de fait sur lesquels elle a été prononcée et au regard des règles de droit alors applicables mais qui vient à se trouver entachée d'irrégularité par l'effet de la disparition rétroactive d'un élément qui lui servait de fondement* »⁴⁵⁰. Cet élément peut être une loi qui a été annulée ou abrogée par l'effet d'une loi nouvelle immédiatement applicable aux instances en cours⁴⁵¹ ou encore un acte administratif annulé par une décision administrative ultérieure⁴⁵².

116. Le vice de forme - Enfin, le vice de forme est un cas d'ouverture qui tend à sanctionner un vice procédural entachant la décision contestée. Même si ce moyen constitue un cas d'ouverture autonome, il est très rarement soulevé et admis. Sur le fondement des articles 458 et 459 du Code de procédure civile, la Cour de cassation a en effet considérablement restreint les possibilités de se pourvoir sur ce fondement. D'une part, ce moyen doit avoir été soulevé devant les juges du fond⁴⁵³. Or, il est très rare que « *les parties ou leur conseil ne songent à invoquer de telles irrégularités lors du prononcé du jugement – soit qu'elles ne leur apparaissent pas dans l'instance, soit qu'elles ne désirent pas, ce que l'on conçoit aisément, indisposer les magistrats, ces vices de formes sont donc devenus lettre morte* »⁴⁵⁴. D'autre part, la Haute juridiction, soucieuse d'éviter la cassation d'une décision régulière sur le fond, présume la régularité de la procédure⁴⁵⁵. C'est au demandeur de prouver que la décision du fond contient une omission ou une erreur substantielle, à condition qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une rectification.

117. Les cas d'ouverture principalement admis - A côté de ces *cas d'ouverture marginaux*, l'avocat aux Conseils peut également se fonder sur des cas d'ouverture qui sont

⁴⁵⁰ M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 145.

⁴⁵¹ Civ. 2^{ème}, 30 nov. 2000, n°99-10.923, *Bull. civ.* II, n°157.

⁴⁵² Civ. 3^{ème}, 7 mars 1984, n°83-70.012, *Bull. civ.* III, n°65.

⁴⁵³ Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1978, n°75-14.031, *Bull. Civ.* I, n°3 : « aucune nullité ne peut être soulevée, pour inobservation des formes prescrites à l'article 99 de ce décret, si elle n'a pas été invoquée, au moment du prononcé de la décision, par simples observations dont il est fait mention au procès-verbal d'audience ».

⁴⁵⁴ M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁵⁵ V. par ex., Civ. 2^{ème}, 20 janv. 1983, n°81-13.179, *Bull. civ.* II, n°15 : le demandeur reprochait à l'arrêt de ne pas indiquer la composition de la cour d'appel lors du délibéré et la Cour de cassation repousse le moyen en estimant que l'indication de la composition de la Cour lors du délibéré est présumée être la même que celle indiquée lors des débats.

plus souvent admis, comme la violation de la loi, le défaut de motifs, le manque de base légale ou la dénaturation de l'écrit.

118. La violation de la loi - La violation de la loi est incontestablement le cas d'ouverture le plus souvent mobilisé dans la mesure où il rejoint directement la mission traditionnellement dévolue à la Cour de cassation : celle de censurer les arrêts pris en violation de la règle de droit. Il ne fait plus de doute que la violation de la loi s'entend largement, c'est-à-dire qu'elle vise les énoncés textuels enrichis des significations authentiques apportées par la Cour de cassation⁴⁵⁶. La jurisprudence admet ce cas d'ouverture dans trois hypothèses : le refus d'application, la fausse interprétation et la fausse application de la loi. Dans le dernier cas de figure, la fausse application de la loi est directement liée à la qualification des faits : la règle de droit a été appliquée à une situation qu'elle ne devait pas régir selon l'avocat, puis, si elle l'admet, selon la Cour de cassation. Par exemple, les règles de droit relatives à la vente ont été appliquées à un contrat qui devait s'analyser en un contrat d'entreprise. Dans les deux premiers cas de figure, le refus d'application et la fausse interprétation de la règle de droit ne sont pas liés aux faits « *qui ne posent aucune difficulté quant à leur matérialité ou leur qualification* »⁴⁵⁷, ils n'ont vocation qu'à critiquer la solution retenue par la juridiction du fond.

D'aucuns prétendent que le refus d'application vise une règle de droit claire alors que la fausse interprétation concerne une règle de droit obscure⁴⁵⁸. Autrement dit, dans le premier cas, la violation de la règle de droit serait plus manifeste alors que dans le second elle serait plus diffuse et s'expliquerait par l'existence d'une difficulté d'interprétation. Nous ne souscrivons pas à cette distinction car elle est trompeuse. Elle laisse à croire qu'un sens est identifiable avant que la Cour de cassation ne se positionne⁴⁵⁹. Par exemple, lorsque la Cour de cassation casse un arrêt pour violation par refus d'application, elle vise notamment l'hypothèse où le juge « *ajoute au texte une condition qu'il ne pose pas* »⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Sur ce point v. not. E. Faye, *La Cour de cassation*, Paris, la Mémoire du droit, réimp. de l'éd. de 1903, 1999, n°110 : « le législateur ne peut tout prévoir et ne pose que des règles que le juge doit interpréter » ; J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°72.21, p. 358 : « le contrôle de l'application de la loi est indissolublement lié au contrôle de l'interprétation de la loi ».

⁴⁵⁷ M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁵⁸ V. not. E. Faye, *op. cit.*, n°110 comp. avec n°112.

⁴⁵⁹ Le refus d'application serait notamment fondé sur la maxime d'interprétation « *là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer* » laquelle n'a d'ailleurs aucune portée normative.

⁴⁶⁰ Pour ne citer qu'un ex. parmi de nombreux autres : Civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2000, n°98-10.496, *Bull. civ.* III, n°45 : « Attendu que pour rejeter la demande de M. Y... en remboursement du trop-perçu de loyers, l'arrêt retient que, s'agissant d'une sous-location à usage exclusivement professionnel, les dispositions de la loi du 6 juillet 1989, notamment celles relatives au loyer de la sous-location ne lui sont pas applicables ».

On pourrait *a priori* croire que la contravention à la loi est en ce cas évidente. En réalité, il n'en est rien et il y a fort à parier qu'avant que la Cour ne se décide ainsi, le doute sur l'extension du texte à cette condition était non seulement permis, mais bel et bien réel⁴⁶¹.

Tout au plus, serait-on tenté de penser que le refus d'application gagne à être invoqué par l'avocat lorsque le sens d'un énoncé a déjà fait l'objet de nombreuses interprétations concordantes par la Cour de cassation alors que la fausse interprétation est généralement admise lorsque le sens d'un énoncé pose encore une difficulté, soit parce que la Cour de cassation n'a pas encore tranché sur cette difficulté, soit parce qu'elle a engendré des interprétations divergentes. En toutes hypothèses, le cas d'ouverture est le même : la violation de la loi et les sous-qualifications ne sont souvent même pas précisées par la Cour de cassation.

119. Le manque de base légale - Le manque de base légale est un cas dont l'objet a été clarifié par la jurisprudence⁴⁶² et les travaux doctrinaux⁴⁶³. Dans ce cas de figure, l'avocat se demande si « *les énonciations de fait, telles qu'elles figurent dans la décision susceptible de pourvoi, sont suffisantes, sont assez nombreuses pour permettre au juge de cassation d'exercer son contrôle de légalité* »⁴⁶⁴. Ce moyen, échappant à l'exception de nouveauté⁴⁶⁵, tend ainsi à critiquer « *une insuffisance de motivation de la décision attaquée qui ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler la régularité de la décision ou plus précisément de vérifier que les juges du fond ont fait une application correcte de la règle de droit* »⁴⁶⁶. Il se présente alors comme un moyen pour la Cour de cassation d'exercer un contrôle disciplinaire

⁴⁶¹ V. C. Atias, « La condition ajoutée à la loi par le juge », *D.* 2009, p. 2654, n°6 : « *La censure qui atteint la décision fondée sur une condition non prévue par la loi est radicale en apparence seulement, même lorsque le fond est manifestement en cause. La cassation est provoquée par l'incompatibilité de la condition ajoutée avec la raison d'être que la juridiction supérieure prête à la loi* » ; V. égal. M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *op. cit.*, p. 160. Les auteurs citent un exemple de cassation pour fausse application et montrent ainsi que la distinction entre *texte clair* et *texte obscur* n'est pas si nette que cela ; « *les juges du fond ont été censurés pour avoir vu une difficulté d'interprétation là où, pour la Cour de cassation, le texte était clair* ». À cela s'ajoute l'hypothèse où le moyen est soulevé mais n'est pas accueilli par la Cour de cassation. Par son rejet, elle estime que les juges du fond n'ont pas violé la loi, la condition était, selon elle, présente dans le texte.

⁴⁶² Civ. 22 déc. 1922, *S.* 1924, I. 235 : « les juges du fond ne peuvent pas soustraire au contrôle de la Cour régulatrice leur décision sur le droit, soit en la confondant avec leur décision sur les faits, soit en s'abstenant de spécifier les faits de façon précise et complète ».

⁴⁶³ V. not. Th. Le Bars, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Thèse, Paris, LGDJ, 1997 ; D. Foussard et P. Ancel, « Le manque de base légale », *BICC*, n°719, 2010.

⁴⁶⁴ Ph. Blondel, « Le manque de base légale, son avenir », in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit : André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Mélanges en l'honneur du président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p. 69.

⁴⁶⁵ Cf. *infra* n°128.

⁴⁶⁶ M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *op. cit.*, p. 151, p. 162.

mais également de préciser sa doctrine⁴⁶⁷. La Cour de cassation sanctionne « *la faille dans le raisonnement des juges du fond* »⁴⁶⁸. Par exemple, si les juridictions du fond retiennent la responsabilité délictuelle d'un justiciable sur la seule constatation d'une faute et d'un préjudice, alors leur décision peut être cassée puisque l'existence du lien de causalité n'a pas été prouvée, et un renvoi pour un supplément d'instruction prononcé⁴⁶⁹.

120. Le défaut de motifs - Le défaut de motifs vise un vice de forme selon lequel la décision des juges du fond n'est pas motivée. Elle ne fournit pas au demandeur au pourvoi « *la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés* »⁴⁷⁰. Ce moyen, qui échappe à l'exception de nouveauté⁴⁷¹, est soulevé dans trois hypothèses⁴⁷² : en cas de défaut de motifs, de contradiction de motifs ou de défaut de réponse à conclusions. Dans le premier cas de figure, l'avocat reproche principalement à la décision l'absence totale de motivation ou une motivation de pure forme⁴⁷³. En cas de contradiction de motifs, plusieurs éléments de la décision « *sont contradictoires et donc s'annulent* »⁴⁷⁴. Il peut s'agir d'une contradiction entre deux éléments des motifs⁴⁷⁵ ou entre des éléments des motifs et du dispositif⁴⁷⁶. Dans le dernier et le plus courant des cas de figure, le défaut de réponse à conclusions, l'avocat aux

⁴⁶⁷ Ce cas d'ouverture permet à la Cour de cassation, lorsqu'elle reproche aux juges du fond d'avoir omis (volontairement ou non) la recherche des conditions d'application d'une norme ou d'un énoncé textuel, de préciser le contenu de ces conditions d'application. V. par ex. le célèbre arrêt *Poussin*, Civ. 1^{ère}, 22 févr. 1978, n°76-11.551, *Bull. civ. I*, n°74 : la Cour de cassation casse et annule un arrêt pour défaut de base légale. Elle reproche, sur le fondement de l'article 1110 du C. civ. à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché « si le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par la croyance erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas X ». Ce faisant, elle précise les conditions d'application de l'erreur substantielle.

⁴⁶⁸ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948, p. 164.

⁴⁶⁹ V. pour un ex. récent : Civ. 1^{ère}, 30 mai 2012, n°11-14.929.

⁴⁷⁰ E. Faye, *La Cour de cassation*, Paris, la Mémoire du droit, réimp. de l'éd. de 1903, 1999, n°82.

⁴⁷¹ Cf. *infra* n°128.

⁴⁷² Si ces trois cas de figure se présentent en jurisprudence, la Cour de cassation les assimile tous à un défaut de motifs. Sur l'assimilation de la contradiction au défaut de motifs : Civ. 7 janv. 1891, *DP*, 1891, I, p. 51 : « les jugements ou arrêts qui ne contiennent pas de motif sont nuls. La contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs » ; sur l'assimilation du défaut de réponse à conclusions à un défaut de motifs : Soc., 17 févr. 1960, *Bull. civ. V*, n°193 : « Les jugements ou arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nuls, le défaut de réponse à conclusions constitue un défaut de motifs ».

⁴⁷³ Civ. 2^{ème}, 22 juin 1988, n°93-13.970, *Bull. civ. II*, n°51 : le tribunal s'était contenté, pour rejeter une demande en opposition, d'énoncer que le demandeur n'avait pas comparu. Il aurait dû, selon la Cour de cassation, « analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve produits sur lesquels il fondait sa décision ».

⁴⁷⁴ M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 185.

⁴⁷⁵ Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2000, n°97-22.387 : dans la décision contestée, les juges du fond affirmaient tout à la fois que les éléments de preuve d'un accident étaient et n'étaient pas rapportés.

⁴⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 28 janv. 1992, n°90-16.200, *Bull. civ. I*, n°28 : « Attendu que tout jugement doit être motivé, à peine de nullité ; que la contradiction entre les motifs et le dispositif équivaut au défaut de motifs ».

Conseils reproche aux juges du fond de ne pas avoir répondu aux conclusions régulièrement présentées par son client⁴⁷⁷.

La dénaturation de l'écrit est un moyen qui permet principalement d'éviter « *que les juges du fond, sous couleur d'interprétation souveraine de la volonté des parties, n'en viennent à modifier les stipulations claires et précises de leurs contrats* »⁴⁷⁸. Ce moyen doit être soulevé par le demandeur qui doit accompagner son pourvoi de la pièce dénaturée⁴⁷⁹. Il faut que cet acte soit dénué d'ambiguïté, il ne saurait en aucun cas être question de remettre en cause la possibilité et le devoir pour les juridictions inférieures d'interpréter les actes obscurs. Toutefois, la distinction entre acte clair et acte ambigu n'est pas si marquée qu'on pourrait le penser au premier abord⁴⁸⁰. La frontière entre les deux notions, qui a pu être considérée comme « *purement arbitraire* »⁴⁸¹, autorise ainsi les avocats à invoquer couramment ce moyen⁴⁸², d'autant plus qu'il échappe en principe à l'exception de nouveauté⁴⁸³. L'étude de la jurisprudence sur ce point laisse d'ailleurs apparaître une tendance à l'exercice par la Cour de cassation d'un contrôle plus poussé que celui de l'erreur manifeste notamment lorsqu'elle s'autorise par exemple à définir les clauses d'un contrat-type⁴⁸⁴.

121. En définitive, si l'avocat est libre de choisir le cas d'ouverture qui convient le mieux à la critique qu'il entend formuler à l'encontre de la décision contestée, il est contraint de choisir parmi l'un de ces cas d'ouverture dégagés par la Cour de cassation, et de n'en choisir qu'un par moyen.

⁴⁷⁷ V. par ex. le rejet du moyen fondé sur des conclusions signifiées tardivement : Civ. 2^{ème} 26 nov. 1990, n°89-18.346, *Bull. civ. II*, n°249.

⁴⁷⁸ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°536, p. 83.

⁴⁷⁹ Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1965, *Bull. civ. I*, n°57.

⁴⁸⁰ V. sur ce point l'étude d'ensemble réalisée par J. Boré, « Un centenaire: le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD Civ.*, 1972, p. 249 et s., et spéc. n°89 à 117.

⁴⁸¹ E. Faye, *op. cit.*, n°173. L'auteur, très critique à l'égard de cette distinction, ne décrit même pas le moyen tiré de la dénaturation lorsqu'il aborde les cas d'ouverture à cassation, v. n°55 et s.

⁴⁸² Le grief de dénaturation a été invoqué 1525 fois devant les chambres civiles de la Cour de cassation en 2013. Ces statistiques ont été obtenues à partir d'une recherche sur *Légifrance* à partir du vocable « *dénaturation* ».

⁴⁸³ La Cour de cassation accepte que le moyen de dénaturation de l'acte clair soit relevé pour la première fois devant elle sauf lorsque le demandeur avait admis l'interprétation, qu'il entend désormais contester, dans ses conclusions d'appel soit expressément (V. Civ. 1^{ère}, 19 oct. 1964, *Bull. civ. I*, n°451), soit tacitement en s'abstenant de discuter son bien-fondé suite à la décision de première instance concordante.

⁴⁸⁴ V. pour un contrat d'assurance : Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1984, n°82-14.677, *Bull. civ. I*, n°28 : la Cour de cassation définit le concept de pénétration clandestine prévu par une clause type : « Attendu qu'en statuant ainsi, aux motifs qu'il n'y a pénétration clandestine que lorsqu'un individu se laisse enfermer dans un local avec l'intention de voler lorsque ses occupants ne se trouvent pas dans les lieux, alors que la pénétration clandestine s'entend de toute entrée intervenue à l'insu de l'assuré et dans un but illicite, la cour d'appel a dénaturé, en en restreignant la portée, une clause claire et précise de la police d'assurance ». On notera que la Cour affirme que la clause était claire ce qui l'autorise à sanctionner la dénaturation de l'acte. On objectera toutefois que, dès lors qu'un concept est susceptible de recevoir plusieurs définitions, il est difficile de soutenir que la clause dans laquelle il est visé est « claire et précise ».

2. Les précisions relatives à la décision faisant l'objet du pourvoi

122. Précision relative à la partie critiquée de la décision - Le moyen doit indiquer précisément la partie critiquée de la décision des juges du fond qu'il entend contester. Concrètement, l'avocat doit reproduire dans son moyen le dispositif critiqué et, sauf lorsqu'est invoqué un défaut de motivation, la partie critiquée des motifs. Le moyen « exclusivement dirigé contre les seuls motifs de l'arrêt »⁴⁸⁵ ou « exclusivement dirigé contre le dispositif »⁴⁸⁶ est irrecevable. Ainsi, s'il est libre de choisir, dans la décision critiquée, la disposition qu'il souhaite remettre en cause, il est contraint de la reproduire en l'accompagnant de ses motifs, en préambule du moyen visant à la remettre en cause.

123. Précision et reproche fait à la décision - Le moyen doit enfin contenir le reproche fait à la décision. Pour ce faire, il faut viser « *la loi ou le principe juridique qui a été violé, en expliquant le vice qui entache l'arrêt au regard de cette loi ou de ce principe* »⁴⁸⁷. Si le moyen ne vise pas le texte ou le principe prétendument violé⁴⁸⁸ et n'explique pas en quoi la violation est avérée⁴⁸⁹, il est déclaré irrecevable. La Cour de cassation a par exemple sanctionné un moyen qui fondait sa critique de la décision attaquée, sur « une doctrine de l'administration sans en produire la justification ni même sans préciser l'acte administratif dans lequel cette doctrine serait exprimée »⁴⁹⁰. Ces règles consacrent la fonction d'interprète de l'avocat aux Conseils, puisqu'elles posent que tout moyen doit être non seulement fondé sur un texte, mais également sur une signification de ce texte qui aurait été méconnue par les juges du fond. En ce sens, elle sont plus une habilitation à interpréter les lois qu'une contrainte même si elles imposent que la loi interprétée et le sens attribué à cette loi soient clairement identifiables dans le moyen de cassation.

124. La conséquence de l'exigence de précision, le moyen est toujours un moyen de droit - Un moyen précis est un moyen qui remet en cause la décision critiquée par rapport à un énoncé ou un principe législatif dont la signification aurait été méprise par les juges du fond. Cela signifie que le moyen de cassation est toujours un moyen de droit car il n'invite

⁴⁸⁵ Com, 7 juil. 1981, n°79-16.057, *Bull. civ.* IV, n°305.

⁴⁸⁶ Civ. 3^{ème}, 9 mai 2001, n°99-17.130.

⁴⁸⁷ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°580, p. 90.

⁴⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 17 juil. 1996, n°92-19.017, *Bull. civ.* I, n°323 : « Attendu que le moyen, qui se borne à alléguer que la décision attaquée manque de base légale sans préciser au regard de quel texte, ne répond pas aux exigences de l'article 978, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile et doit être déclaré irrecevable ».

⁴⁸⁹ V. Civ. 1^{ère}, 30 oct. 1995, n°93-14.236, *Bull. civ.* I, n°378.

⁴⁹⁰ Com, 21 avril 1992, n°90-16.521, *Bull. civ.* IV, n°171.

pas son destinataire à s'intéresser aux questions de fait, puisque ces questions sont en principe en dehors du champ de compétence de la Haute juridiction⁴⁹¹.

125. Propos conclusifs - En somme, afin d'éviter le risque d'irrecevabilité, l'avocat doit veiller à ce que chacun de ses moyens s'appuie sur un des cas d'ouverture limitativement admis par la Cour de cassation, à ce qu'il reproduise la partie de la décision critiquée et à ce qu'il vise un texte ou un principe législatif dont le sens, également à déterminer, contrarie la décision critiquée.

B. Les exigences relatives aux qualités du moyen de cassation

126. Qualités du moyen de cassation et recevabilité - La Cour de cassation a pu, à l'occasion de nombreuses décisions, fixer et rappeler les qualités que devait présenter tout moyen de cassation pour être recevable. Celui-ci ne doit pas être contradictoire ou nouveau et doit être opérant. On présentera ces exigences tour à tour pour mieux en comprendre la teneur.

127. L'exigence relative à l'absence de contradiction - La Cour de cassation sanctionne par l'irrecevabilité le moyen frappé d'une contradiction interne ou externe. La contradiction interne correspond à l'hypothèse où le moyen contient en son sein deux développements contradictoires. Elle a été par exemple sanctionnée lorsqu'un avocat qui prétendait contester la validité d'un contrat de cautionnement a développé dans son moyen, une argumentation relative à la preuve⁴⁹². La contradiction externe correspond quant à elle à l'hypothèse où le moyen allégué contrarie un élément de la procédure. On pense naturellement à la contrariété du moyen avec ceux soutenus devant les juges du fond⁴⁹³ ou encore avec un contrat de procédure antérieurement conclu⁴⁹⁴. On imagine moins aisément l'hypothèse où le moyen entend contredire un arrêt de la Cour de cassation. Dans ce cas de figure, le moyen est soulevé après une première cassation suivie d'un renvoi et vise à critiquer

⁴⁹¹ Art. 604 du CPC : « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* ». V. toutefois sur la tendance de la Cour de cassation à s'intéresser aux faits : A. Perdriau, *Les chambres civiles jugent-elles en fait ?* », *JCP G*, I, 1993, p. 3683 et s. et « *Le pragmatisme de la Cour de cassation* », *JCP G*, I, 2001, p. 364 et s. ; C. Charruault, « *La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits* », *BICC*, n°702, 2009, p. 24 et s. ; X. Bachellier, « *Le pouvoir souverain des juges du fond* », *BICC*, n°702, 2009, p. 18 et s.

⁴⁹² V. Com, 11 janv. 1994, n°91-20.462, *Bull. civ. IV*, n°17.

⁴⁹³ V. Civ. 3^{ème}, 27 oct. 2004, n°03-15.151, *Bull. civ. III*, n°178. L'irrecevabilité frappe même les moyens de pur droit ou d'ordre public, v. Civ. 2^{ème}, 14 mars 1990, n°89-10.505.

⁴⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 3 janv. 1993, n°90-20.426, *Bull. Civ. I*, n°8.

la solution adoptée la première fois par la Haute juridiction et appliquée par les juges du fond. Pour reprendre la formule de la Cour, est irrecevable « le moyen par lequel il est seulement reproché à la cour de renvoi d'avoir statué en conformité de l'arrêt de cassation qui l'a saisie »⁴⁹⁵. Cette solution constante est maintenue même lorsque le moyen s'appuie sur une décision de l'Assemblée plénière contraire rendue dans un autre litige⁴⁹⁶.

128. L'exigence relative à l'absence de nouveauté - La Cour de cassation déclare également et depuis longtemps l'irrecevabilité du moyen nouveau⁴⁹⁷, c'est-à-dire du moyen « *qui n'a pas été, expressément ou implicitement, soumis par la partie qui l'invoque à la juridiction dont la décision est attaquée, ou qui n'a pas été apprécié par ce tribunal* »⁴⁹⁸. Cette règle s'explique principalement par l'impossibilité de reprocher aux juges du fond une violation de la loi qui ne leur a pas été préalablement présentée. Il est en revanche des moyens nouveaux qui échappent à l'irrecevabilité soit qu'ils étaient impossibles à invoquer devant les juges du fond, soit qu'ils soient de pur droit ou d'ordre public. Ils peuvent donc être librement invoqués par l'avocat aux Conseils.

Dans le premier cas de figure, le moyen critique un élément de la décision qui n'est parvenu à la connaissance de l'avocat qu'après sa diffusion. Il peut par exemple s'agir d'un moyen soulevé d'office par le juge, d'un vice de forme ou d'un vice de motivation. De même, un fait postérieur à la décision peut fonder un moyen nouveau, comme en cas de perte de fondement juridique ou de contrariété de jugement⁴⁹⁹.

Autre est l'hypothèse où le moyen soulevé est de pur droit ou d'ordre public. Pour certains, ce type de moyen n'est même pas nouveau dans la mesure où il « *est fondé sur la violation d'un texte de loi que le juge était tenu d'examiner, eu égard à l'objet de la demande et aux faits sur lesquels elle se fondait* »⁵⁰⁰. Autrement dit, implicitement au moins, les parties

⁴⁹⁵ Mixte, 30 avril 1971, n°61-11.829, *Bull. mixte*, n°8. V. dans le même sens : Civ. 2^{ème}, 26 oct. 2000, n°98-19.387, *Bull. civ* II, n°185 ; Ass. plén., 9 juil. 1993, n°89-19.211, *Bull. Ass. plén.*, n°13. Pour une autre formulation de cette solution, v. par ex. Soc., 14 nov. 2012, n°11-22.644 : « Mais attendu que le moyen qui invite la Cour de cassation à revenir sur la doctrine de son précédent arrêt, alors que la juridiction de renvoi s'y est conformée, est irrecevable ».

⁴⁹⁶ V. Ass. plén., 21 déc. 2006, n°05-11.966, *Bull. Ass. plén.*, n°548 et not. les observations sous l'arrêt de V. Avena-Robardet in *D.* 2007, p. 160.

⁴⁹⁷ Civ., 23 nov. 1852, *DP* 1852, I, p. 324 : « La Cour de cassation est instituée seulement pour apprécier, sous le rapport du droit, les arrêts et les jugements rendus en dernier ressort par les Cours et les tribunaux ; qu'on ne peut donc, devant elle, présenter des moyens nouveaux, mais seulement apprécier la solution légale qui a été donnée aux moyens débattus devant les premiers juges ».

⁴⁹⁸ E. Faye, *La Cour de cassation*, Paris, la Mémoire du droit, réimp. de l'éd. de 1903, 1999, n°123. V. égal. J. Voulet, « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1973, p. 2544 et s.

⁴⁹⁹ Cf. *supra* n°124.

⁵⁰⁰ E. Faye, *op. cit.*, n°126.

attendaient du juge qu'il y réponde. Le moyen de pur droit doit reposer sur des faits déjà constatés par les juges du fond⁵⁰¹, sans quoi il serait mélangé de fait et de droit⁵⁰² et ne pourrait donc pas être examiné par la Cour de cassation. Il est rarement admis à la différence du moyen d'ordre public lequel est en principe toujours recevable en cassation s'il repose sur des faits, non plus constatés, mais seulement connus des juges du fond⁵⁰³. Il se différencie du moyen de pur droit car il est tiré « *de la violation d'une loi édictée principalement dans l'intérêt de la société prise dans son ensemble* »⁵⁰⁴.

129. L'exigence d'un moyen opérant - La Cour de cassation exige que le moyen soit opérant, c'est-à-dire qu'il faut que le vice dénoncé ait « *une influence sur la disposition attaquée par le pourvoi* »⁵⁰⁵. Le moyen est inopérant dans deux hypothèses : « *par suite d'une erreur du demandeur qui a mal dirigé son recours* » et lorsque « *l'erreur commise par le juge et dénoncée par le pourvoi n'est pas causale* »⁵⁰⁶. Dans le premier cas et par exemple, le moyen est inopérant lorsqu'il est dirigé contre un motif du jugement de première instance qui n'est pas reformulé par la juridiction d'appel⁵⁰⁷ ou encore contre une législation⁵⁰⁸. Dans le second cas, il est fait référence à la théorie de l'erreur causale selon laquelle « *un moyen de cassation ne peut conduire à l'annulation de l'arrêt attaqué que s'il démontre que l'erreur du juge a été causale et a exercé une influence déterminante sur le dispositif critiqué* »⁵⁰⁹. Pour ce faire, le moyen doit principalement répondre à deux exigences. Il doit critiquer des motifs qui ne seront pas considérés par la Cour de cassation comme surabondants⁵¹⁰ et auxquels la Cour ne pourra pas substituer de nouveaux motifs pour justifier le dispositif.

⁵⁰¹ Com., 26 mars 1996, n°94-14320, *Bull. civ. IV*, n°96: le moyen de pur droit est celui qui « ne repose sur aucun fait qui n'ait été constaté par les juges du fond ». Dans l'hypothèse inverse, il s'agit d'un moyen mélangé de fait et de droit, irrecevable.

⁵⁰² V. Req., 5 janv. 1875, *DP* 1876, I, p. 15.

⁵⁰³ Req., 12 févr. 1871, *DP* 1872, I, p. 56 : « Attendu que le principe selon lequel les moyens d'ordre public sont susceptibles d'être proposés pour la première fois en Cour de cassation ne saurait être invoqué que si la Cour qui a rendu l'arrêt attaqué a été mise à même de connaître le fait qui sert de base au grief et d'en vérifier la réalité, qu'il ne serait ni juridique, ni juste, de reprocher au juge du fond d'avoir violé une loi que rien ne lui avait signalée ni indiquée comme applicable à la cause ».

⁵⁰⁴ E. Faye, *op. cit.*, n°130.

⁵⁰⁵ J. Boré et L. Boré, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°83.09, p. 506.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, n°83.10, p. 506.

⁵⁰⁷ V. Civ. 1^{ère}, 24 oct. 1995, n°93-20.433, *Bull. civ. I*, n°373.

⁵⁰⁸ Civ. 3^{ème}, 26 juin 1969, *Bull. civ. III*, n°529 : « Mais attendu que le pourvoi formule une critique qui vise la législation et non une disposition de l'arrêt attaqué (...) irrecevable ».

⁵⁰⁹ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°625, p. 96.

⁵¹⁰ Un motif surabondant est un « motif erroné, qui n'est pas indispensable au soutien de la décision et qui est sans incidence sur la légalité de la décision contestée » : Civ. 2^{ème}, 4 janv. 1974, *Bull. civ. II*, n°3.

130. Propos conclusifs - Finalement, dans l'élaboration de ses moyens, l'avocat aux Conseils est contraint de prendre en considération la procédure antérieure à son intervention. Il ne peut pas en principe développer une argumentation qui n'avait pas été présentée par son client ou le représentant de son client devant les juges du fond, ni même une argumentation qui contrarierait celle qui avait été présentée à l'auteur de la décision contestée. Il doit également veiller à formuler des moyens cohérents, dépourvus de contradiction interne et à dénoncer une erreur de droit commise par la juridiction du fond qui invalide le dispositif la décision critiquée. L'avocat du demandeur au pourvoi exerce donc sa liberté d'interprétation en se soumettant à cet ensemble de contraintes juridiques.

*

* *

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

131. La liberté d'interprétation de l'avocat - Le discours de l'avocat aux Conseils procède, conformément aux propositions de la *TRI*, d'un acte de volonté car son auteur est libre d'interpréter les textes comme il le souhaite. Cette liberté ne provient pas, conformément à ce que signalait Kelsen, de son rôle de mandataire qui s'opposerait fondamentalement à ce qu'il dégage, par un acte de connaissance, le sens d'une loi qui contrarierait l'intérêt de son client. Elle trouve en réalité son origine dans l'absence de signification objective du texte, car cette absence fait de l'acte d'interprétation un acte de volonté, qui consiste non à rechercher le sens d'un texte, mais à attribuer un sens au texte. Autrement dit, l'avocat aux Conseils, comme tout interprète, n'est pas *obligé* par les significations d'une loi, car son rôle consiste justement à les déterminer selon ses préférences subjectives. Il choisit donc librement un sens à la loi au regard de son intérêt pour le client puis le recommande à son interlocuteur, la Cour de cassation. On a pu le constater en présentant des pourvois qui prescrivaient le sens d'une loi qu'aucun acte de connaissance n'aurait permis d'identifier.

Cela dit, si les interprétations ne sont jamais fonction de la connaissance, celles de la Cour de cassation sont les seules à être authentiques, c'est-à-dire qu'à la différence des autres interprétations (interprétations de la doctrine universitaire, des juges du fond, des avocats), elles attribuent aux textes des significations qui produisent des effets irréfutables dans le système juridique. Aussi est-il possible de se demander si l'avocat aux Conseils dispose de la même liberté lorsqu'il est chargé d'interpréter des textes auxquels la Cour de cassation a déjà attribué des significations authentiques. Les promoteurs de la *TRI* ont donné une réponse théorique à cette question, en signalant que les interprétations authentiques de la Cour de cassation n'étaient pas à l'origine de normes à appliquer mais de contraintes à prendre en compte. Or, cette perception réaliste de la jurisprudence de la Cour de cassation est vérifiable. L'étude empirique des pourvois relayant une question d'interprétation déjà traitée par la Cour de cassation révèle en effet que l'avocat ne reprend à son compte les significations authentiquement dégagées que lorsqu'elles présentent une utilité pour le succès de la prétention représentée. En d'autres termes, le représentant, qui agit rationnellement, est contraint d'utiliser la jurisprudence antérieure lorsqu'elle augmente ses chances d'atteindre la cassation au profit de son client. Mais, dans le cas inverse, il reste libre de l'ignorer.

132. Une liberté soumise à des contraintes - Par ailleurs, si l'avocat jouit du pouvoir d'interpréter librement les lois, il est rationnellement *contraint* de se soumettre aux règles qui déterminent les conditions d'exercice de ce pouvoir, car les nier empêcherait d'atteindre le but qu'il s'est fixé. La Cour de cassation a effectivement posé des exigences dont la méconnaissance est sanctionnée par une décision d'irrecevabilité ou de non-admission du pourvoi. Le recours est alors écarté sans que ne soit examiné son bien-fondé ce qui n'est pas option envisageable du point de vue de l'avocat du demandeur. En conséquence, ces règles le conduisent d'abord à agir dans un délai déterminé et à vérifier que la décision contestée par le pourvoi réponde à certaines qualités. Elles le forcent ensuite à présenter des moyens opérants qui ne présentent ni contradiction, ni nouveauté, qui s'appuient sur l'un des cas d'ouverture limitativement reconnus par la Cour de cassation, qui visent expressément un texte de loi et qui reproduisent la partie de la décision contestée. Si le pourvoi et les moyens qui le soutiennent répondent à l'ensemble de ces exigences, l'interprétation librement déterminée par l'avocat ne sera pas écartée d'emblée par la Haute juridiction sans même avoir été considérée sur le fond, et pourra alors être à l'origine d'une cassation.

*
* *

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

133. Ce premier titre a été une occasion de démontrer que le discours de l'avocat procède nécessairement d'un acte de volonté. Cette qualification relève *a priori* de l'évidence car tout un chacun sait que l'avocat agit dans le cadre d'un mandat de représentation, c'est-à-dire qu'il se met au service d'un intérêt particulier, ce qui accrédite l'idée que son discours est dépourvu d'objectivité et qu'il n'est donc qu'un acte de volonté. Une recherche plus approfondie permet pourtant de réaliser que cette qualification ne va pas de soi.

134. L'interprétation de l'avocat, un acte de volonté, approche théorique - Sur le plan théorique, les deux principaux courants du positivisme, le normativisme et le réalisme, reconnaissent unanimement que le discours de l'avocat est fonction de la volonté mais s'appuient sur des explications totalement différentes. Selon Kelsen, ce discours constitue une interprétation de « politique juridique », un acte de pure volonté donc, car son auteur choisit un sens à la loi applicable au litige en fonction de l'intérêt de son client et présente ce sens comme le seul admissible. Si cette explication est en soi correcte, elle est incompatible avec d'autres affirmations présentes dans la *Théorie pure du droit* et notamment avec la qualification que reçoit l'interprétation du juge. Alors que l'interprétation de l'avocat n'est qu'un acte de volonté, l'interprétation du juge est effectivement décrite comme une activité associant connaissance et volonté sans que soit justifiée cette différence de perception. Kelsen considère en effet qu'à la différence de l'avocat, le juge détermine d'abord, par un acte de connaissance, l'ensemble des sens potentiellement objectifs que la loi interprétée renferme avant de choisir l'un de ces sens. Cette présentation ne va pas sans difficulté. On peut déjà se demander sur quel fondement l'auteur prête au juge des facultés cognitives qu'il nie à l'avocat. Si ce dernier veut convaincre son interlocuteur qui se trouve justement être un interlocuteur judiciaire, alors il a tout intérêt à prescrire un sens qui soit autorisé par la loi, c'est-à-dire à connaître la loi, sans quoi le représentant n'obtiendrait jamais les faveurs du juge. Cette présentation se trouve ensuite invalidée parce qu'elle ne rend pas compte du pouvoir des juridictions suprêmes qui peuvent très bien attribuer à la loi un sens qu'elle ne contenait pas originellement. Comme Kelsen le reconnaît lui-même, les décisions des cours suprêmes peuvent très bien se tenir en dehors du cadre de la loi et produire des effets alors même que, selon sa conception du droit, elles sont invalides. En réalité, Kelsen aurait dû admettre, non sans une remise en cause profonde de ses présupposés, que l'interprétation du

juge, comme l'interprétation de l'avocat, comme toute interprétation n'est jamais un acte de connaissance car la loi ne contient aucun sens qui soit objectivement identifiable. C'est justement l'explication retenue par Michel Troper. L'auteur prouve en effet que l'interprétation est nécessairement un acte de volonté, un choix entre plusieurs sens possibles, déterminé en fonction des préférences subjectives de son auteur.

135. L'interprétation de l'avocat, un acte de volonté, vérification empirique - La loi qui ne contient aucun sens objectivement déterminable est donc livrée à la subjectivité de ses interprètes qui seront les seuls maîtres de son sens. Aussi, l'avocat est-il libre d'attribuer au texte le sens qui répond le mieux aux attentes du client. Cette liberté se vérifie d'un point de vue empirique. Lorsqu'il élabore ses moyens de cassation, il définit le sens de la loi qu'il invoque à la seule lumière de son intérêt pour la prétention qu'il représente, y compris lorsque cette loi a déjà été interprétée par la Cour de cassation. Cette liberté n'exclut toutefois pas la contrainte. La *théorie des contraintes juridiques*, qui vient compléter la *théorie réaliste de l'interprétation*, retient en effet que tous les acteurs du système juridique subissent des contraintes dans l'exercice de leur pouvoir. L'avocat aux Conseils ne fait pas exception. Il a en effet une parfaite connaissance du système juridique et des contraintes auxquelles il ne saurait se soustraire sans risquer de manquer son but. Ainsi, l'avocat se soumet volontairement à une série d'exigences tenant à la recevabilité de son pourvoi et de ses moyens pour que son interprétation soit en mesure d'influencer la décision finale de la Cour de cassation.

TITRE 2. UN DISCOURS PRÉPARANT L'INTERPRÉTATION AUTHENTIQUE

136. Nous avons pu démontrer pourquoi l'interprétation de l'avocat aux Conseils est un acte de volonté. Si cette qualification met en lumière la nature prescriptive du discours, elle ne permet pas de rendre compte de sa spécificité par rapport à d'autres types d'interprétations également prescriptives.

137. **Le discours de l'avocat, un discours dogmatique** - Sur ce point, Michel Troper précise que l'interprétation de l'avocat est dogmatique. Comme la racine du mot le suggère, elle repose sur un dogme, c'est-à-dire sur une certitude, « *une opinion donnée comme certaine, intangible et imposée comme vérité indiscutable* »⁵¹¹. La dogmatique juridique présuppose alors la croyance en un certain nombre de postulats, qui ne sont pas questionnés et selon lesquels le système juridique est cohérent et complet⁵¹². *Cohérent* parce qu'il ne comporterait aucune contradiction qui ne saurait être résolue par un discours logique ; *complet* parce qu'il ne supporterait aucun « *trou* » normatif qui ne pourrait être comblé par une activité scientifique. Aussi serait-il toujours possible « *par un raisonnement logique de connaître la norme applicable à n'importe quel cas particulier* »⁵¹³. La *Théorie réaliste* rejette cette idée et retient au contraire que les auteurs d'interprétations ne procèdent qu'en « *énonçant des jugements de valeur et en faisant des choix, c'est-à-dire en exerçant leurs volontés et en exprimant leurs préférences subjectives* »⁵¹⁴. Plus encore, elle tend à démontrer que puisque le droit correspond aux interprétations législatives de la Cour de cassation, l'ensemble des autres interprétations produites par les juristes sont nécessairement dogmatiques. Tel est notamment le cas des interprétations émises par la doctrine universitaire, les avocats à la Cour, les juridictions du fond et les avocats aux Conseils.

⁵¹¹ J. Rey-Debove, A. Rey et P. Robert, *Le petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, millésime 2013*, Paris, Le Robert, 2012, *Dogme.

⁵¹² V. sur ce point M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 60 : la dogmatique présuppose l'adhésion à un certain nombre d'idées qui ne sont pas mises en cause : « *que le législateur est rationnel ; que les énoncés ont un sens ; que ce sens peut être découvert ; que le système est complet, c'est-à-dire ou bien que le droit positif ne comporte pas de lacune ou de contradiction, ou que celles-ci peuvent être éliminées au moyen de certaines méthodes* ».

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ *Ibid.*

138. L'objet des prochains développements consiste à spécifier ce que représente le discours de l'avocat aux Conseils par rapport à tous ces discours également dogmatiques. Pour ce faire, il convient d'étudier le concept même de dogmatique afin de montrer qu'il réunit des discours aux caractéristiques parfois très éloignées. À l'issue de ce premier travail, le discours de l'avocat aux Conseils ne pourra plus être confondu avec le discours doctrinal, sa particularité provenant de ce qu'il intervient nécessairement à l'occasion d'un litige porté devant les juridictions et en vue de le résoudre. Ce discours sera en ce sens qualifié d'« opératif » (**Chapitre 1**).

Se posera ensuite la question de sa spécificité par rapport aux autres discours dogmatiques opératifs, c'est-à-dire par rapport à tous les discours susceptibles d'être produits au cours d'un litige s'achevant par une décision de la Cour de cassation (discours des avocats à la Cour, des juridictions du fond, des avocats généraux et des conseillers-rapporteurs). C'est l'analyse des liens de chronologie et de systématisme entre le discours de l'avocat aux Conseils et son destinataire, la Cour de cassation, qui permettra alors de singulariser de façon décisive ce discours opératif (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : UN DISCOURS DOGMATIQUE OPÉRATIF

139. Michel Troper définit la dogmatique comme l'activité des juristes qui tend à « déterminer, à partir des textes exprimant des règles générales, quels sont les cas auxquels ces règles s'appliquent et, à propos d'un cas donné, quelles sont les règles applicables »⁵¹⁵, cette détermination étant entièrement subjective. Le discours de l'avocat aux Conseils relève de cette activité qui doit être, contrairement à ce que certains auteurs ont défendu⁵¹⁶, soigneusement dissociée de l'activité scientifique⁵¹⁷ mais également de l'interprétation authentique. Pour ce faire, il faut dégager les caractéristiques qui participent à l'unité et à la spécificité de l'activité dogmatique (**Section 1**).

Derrière l'unité de la notion, réside toutefois une dualité irréductible. Si Michel Troper ne s'est pas spécifiquement penché sur cette question, il existe une pluralité de discours dogmatiques qui peuvent être classés en deux catégories : les discours *doctrinaux* et les discours *opératifs*. Cette dissociation est essentielle car elle permet de faire le départ entre les interprétations dogmatiques qui sont produites à l'occasion d'un litige de celles qui lui sont extérieures et se trouve alors précisé ce que représente le travail de l'avocat⁵¹⁸ (**Section 2**).

Section 1. L'unité des discours dogmatiques

140. S'intéresser à l'unité du discours dogmatique revient à s'interroger sur les caractéristiques communes à toutes les interprétations qu'il réunit. En d'autres termes, qu'elle soit doctrinale ou praticienne, l'activité dogmatique se singularise des autres activités juridiques au regard de sa fonction prescriptive (§1) mais également au regard de son résultat : une norme applicable (§2).

⁵¹⁵ M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 60.

⁵¹⁶ V. sur ce point, M Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in *Théorie du droit et science : séminaire*, P. Amselek (dir.), Paris, PUF, 1994, p. 312-319. L'auteur présente les conceptions monistes et dualistes du discours des juristes. Les théoriciens qui adoptent la première conception estiment que le discours des juristes est nécessairement scientifique, soit parce qu'ils cherchent à remplacer l'activité dogmatique par l'activité scientifique (comme Kelsen par ex.), soit parce qu'ils assimilent les deux activités en considérant que la dogmatique est une activité cognitive, ou *a minima*, « quasi-cognitive » (Comme Aulis Aarnio par ex.). En revanche, les théoriciens qui adhèrent à la conception dualiste, c'est le cas de Michel Troper, reconnaissent l'existence de deux discours distincts, le discours scientifique et le discours dogmatique et cherchent à les différencier. Cf. égal. sur ce point le tableau réalisé dans l'introduction et spécialement les discours de niveaux 4 et 5, *supra* n°25.

⁵¹⁷ M. Troper, *La philosophie du droit*, *op. cit.*, p. 61 : « Puisque la dogmatique ne peut être éliminée, plutôt que de vouloir, comme Kelsen, la remplacer par une véritable science du droit ou, comme Bobbio, la rendre rigoureuse et scientifique, on doit admettre que la science du droit doit trouver sa place à côté d'elle et revêtir des caractères différents ».

⁵¹⁸ Et plus précisément celui de l'avocat aux Conseils.

§1. Une unité fondée sur la fonction du discours

141. Qu'il émane d'un membre de la doctrine⁵¹⁹ ou d'un avocat aux Conseils dans l'exercice de sa profession, le discours dogmatique poursuit toujours une fonction prescriptive (A). Cette caractéristique permet de le distinguer de l'activité scientifique mais ne permet pas de mettre en lumière sa spécificité par rapport à l'interprétation authentique (B).

A. La fonction prescriptive

142. La fonction prescriptive du discours dogmatique n'est pas à rechercher dans sa structure grammaticale qui est bien souvent trompeuse⁵²⁰, mais dans la faculté mise en œuvre par son auteur (1) et dans son contenu (2).

1. Un discours procédant de la volonté

143. **L'interprétation dogmatique, fonction de la volonté** - Tout discours dogmatique repose sur la volonté de son auteur de recommander une solution juridique plutôt qu'une autre : « *la dogmatique a une fonction pratique (...) influencer sur les décisions ultérieures* »⁵²¹. Si conformément à la TRI, le travail d'interprétation est toujours un acte de volonté⁵²², les raisons qui poussent l'interprète d'une loi à recommander une signification plutôt qu'une autre à son auditoire dépendent toutefois de ses préférences subjectives comme l'attestent les deux hypothèses suivantes.

144. **La volonté et l'interprétation dogmatique doctrinale** - Lorsqu'un membre de la doctrine se livre au commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation en adoptant une posture prescriptive, c'est-à-dire en montrant son adhésion ou son opposition à la décision prise, son interprétation correspond à l'expression de ses préférences subjectives (politiques, religieuses,

⁵¹⁹ Sur la polysémie du concept de doctrine et sur sa mutation en une catégorie juridique, v. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, spéc. pp. 2-4.

⁵²⁰ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., pp. 27-28 : « *la qualité descriptive ou prescriptive des énoncés n'est pas liée à leur forme grammaticale. Par la phrase il fait froid on peut communiquer, selon le contexte, la manière dont on la prononce, ou bien une information sur la température ou bien son désir que quelqu'un ferme la fenêtre* » ; v. égal. sur ce point les travaux de J. L. Austin qui prouve qu'un énoncé à l'apparence neutre et descriptive peut en réalité dissimuler une volonté d'influencer son destinataire, in *Quand dire, c'est faire*, (éd. originale parue en 1962), trad. et intr. G. Lane, Paris, Édition du Seuil, 1991 cf. *supra* n°6.

⁵²¹ M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », op. cit., pp. 319-320.

⁵²² Cf. not. *supra* n°61 et s.

économiques, sociales, etc.)⁵²³. Or, ces valeurs, qui orientent un commentaire dans un sens plutôt qu'un autre, ne sont que très rarement explicitées⁵²⁴. Son interprétation repose donc sur une volonté difficile à identifier. Il arrive toutefois qu'un mouvement doctrinal assume ses préférences subjectives en les explicitant.

C'est le cas du solidarisme contractuel⁵²⁵. Le courant solidariste, qui renvoie à une certaine conception de la « *nature humaine* »⁵²⁶, défend une vision de la relation contractuelle commandée par des préférences subjectives. Partant du constat qu'il existe la plupart du temps de profondes inégalités entre les parties à un contrat, cette vision promeut le rétablissement de l'équilibre entre les contractants et exige de la part de celui qui est en position de force un certain altruisme, c'est-à-dire que ce dernier doit consentir à prendre en considération, voire à sa charge, les intérêts de son partenaire contractuel⁵²⁷. Or, ces recommandations sont éminemment subjectives, elles sont fondées sur les préférences sociales et politiques de leurs auteurs. L'un des représentants de ce mouvement, Christophe Jamin, signale à cet égard que sa doctrine « *repose sur le constat lucide (quasi marxiste) de profondes inégalités de classes, qui ne permettent pas à tous les individus – pourtant réputés semblables – d'exercer les droits dont ils sont virtuellement les titulaires* »⁵²⁸.

⁵²³ Le caractère dogmatique de l'activité doctrinale n'est pas critiqué, il est simplement décrit. Nous le considérons même indispensable dans la mesure où il est assumé. V. sur ce point, P. Amselek, « La part de la science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, p. 339: « *Ces commentaires critiques, dont la dogmatique ne s'est jamais privée jusqu'ici, loin de là, sont parfaitement légitimes et ne constituent nullement de sa part une espèce de dérive chronique, de manquement déontologique permanent : c'est le prétendu devoir de demeurer purement neutre, passif, acritique, de s'abstenir de tout jugement de valeur, qui constituerait de la part du juriste dogmaticien un manquement grave à sa fonction sociale, à ce que les autres attendent de lui : c'est-à-dire contribuer à faire progresser la réglementation juridique tant par ses analyses fouillées que par ses critiques et suggestions éclairées* ». V. toutefois sur la critique de l'utilisation de la science comme voie de dissimulation des valeurs sous-jacentes à l'auteur d'un discours dogmatique : M. Troper, « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage-gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, n°1, 2014, p. 68 à 77.

⁵²⁴ Sur la question des valeurs politiques dissimulées derrière la technique juridique, v. not. Th. Génicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? », in *La place du juriste face à la norme*, Dalloz, Paris, 2012, p. 85 et s.

⁵²⁵ Le solidarisme contractuel est regardé comme l'une des trois doctrines contractuelles actuelles avec l'individualisme contractuel et les droits de l'homme du contrat par M. Mekki, in « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC*, 2010, p. 383 et s., spéc. pp. 387-388.

⁵²⁶ Note sous Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ. I*, n°131, JCP 2001.II.10510, Ch. Jamin : l'auteur fait remarquer à propos de l'arrêt *Baldus* que la tentative de conciliation entre les conceptions objective et subjective de la réticence était illusoire tant elle « *renvoyait à une opposition assez profonde entre deux conceptions du contrat, voire de manière implicite à deux visions de la nature humaine* ».

⁵²⁷ Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441 et s., spéc. p. 451 ; V. égal. D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Etudes offertes à F. Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603 et s. Précisons toutefois que si ces deux auteurs sont considérés comme les représentants du mouvement solidariste, ils ne partagent pas la même approche du problème de l'inégalité entre les parties au contrat.

⁵²⁸ Ch. Jamin, « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in L. Grynbaum et M. Nicod (dir.), *le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 162.

Ainsi et sans surprise, les partisans d'une telle analyse contractuelle portent un regard orienté sur les interprétations authentiques en lien avec la question. Ils ont tendance à saluer les décisions de la Cour de cassation lorsqu'elles sanctionnent un comportement exprimant la domination effective d'un contractant sur l'autre, et à porter un regard critique sur les décisions qui, à l'inverse, n'accordent aucune conséquence juridique à cette situation d'inégalité. Par exemple, lorsqu'à la question de savoir si l'acheteur d'un bien était tenu d'informer le vendeur sur un élément déterminant de son consentement, la Cour de cassation s'est prononcée négativement dans le célèbre arrêt *Baldus*⁵²⁹, ces auteurs ont condamné cette solution en recommandant la position opposée. Par exemple, Denis Mazeaud voit dans cet arrêt une double rupture : « *rupture d'une part, avec les règles que la jurisprudence avait précédemment dégagées sur la réticence dolosive ; rupture d'autre part, et d'une façon plus générale, avec l'exigence de bonne foi dans la formation du contrat, qui subit ici un coup d'arrêt assez net* »⁵³⁰. Cette interprétation doctrinale est dogmatique car elle tend à critiquer une position jurisprudentielle en fonction d'une conception particulière et subjective des relations contractuelles.

La plupart du temps, il est toutefois impossible d'identifier les valeurs qui orientent les discours doctrinaux parce qu'elles sont propres à leurs auteur⁵³¹. Le recours aux valeurs est alors implicite voire instinctif, sorte de jusnaturalisme « inconscient » et individualisé. Xavier Magnon indique en ce sens que le discours doctrinal « *repose sur des présupposés idéologiques, sur des choix concernant son objet qui souvent, par manque de temps, ou par absence de conscience, ne sont pas identifiés, énoncés ou formalisés* »⁵³². Cette attitude renvoie à une conception très personnelle du droit qui avait été décrite par Villey : « *chacun décore aujourd'hui du nom de la justice ses préjugés individuels, ses habitudes intellectuelles héritées d'une éducation particulière, ou très naïvement les principes favorables à son intérêt* »⁵³³.

⁵²⁹ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ.* I, n°131 : « alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ».

⁵³⁰ Note sous Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, arrêt préc., Defrénois 2000, art. 37237, p. 1110, D. Mazeaud. V. *contra*, Defrénois 2000, art. 37237, obs. P. Delebecque : « *c'est dans cette ligne de liberté que le droit des contrats doit s'inscrire et non dans celle d'une pensée unique moralisatrice, fût-elle parfois éclairée* ».

⁵³¹ V. toutefois et par ex. les positions de Ph. Malaurie in « Le droit et l'exigence de dignité », *Études*, Tome 398, 2003, p. 619-628. L'auteur, qui ne dissimule pas sa sensibilité pour la religion catholique, propose une lecture de l'exigence de dignité par le biais de cette préférence subjective, laquelle est ici clairement assumée.

⁵³² X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 9.

⁵³³ M. Villey, « Abrégé de droit naturel classique » in *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, pp. 130-131.

145. La volonté et l'interprétation dogmatique de l'avocat - L'interprétation de l'avocat est également un acte de volonté⁵³⁴. Contrairement au discours doctrinal, le discours de l'avocat est fondé sur des préférences qui sont facilement identifiables puisque ce sont celles du client. Cet acte de volonté exprime effectivement des préférences subjectives, mais celles-ci sont assumées, elles correspondent aux attentes du justiciable représenté. Certes, un avocat peut toujours refuser de défendre un client pour des raisons de conscience personnelle, mais dès lors qu'il accepte de représenter les intérêts du justiciable, ceux-ci se confondent avec les siens propres par l'effet du mandat⁵³⁵.

Par exemple, suite à l'arrêt *Baldus* préalablement exposé, et dans une situation analogue qui s'est soldée par un arrêt du 15 novembre 2000⁵³⁶, l'avocat du demandeur au pourvoi a critiqué l'arrêt d'appel dans un sens favorable à l'intérêt de son client. En l'espèce, le client était une personne morale, la société « Carrière de Brandefert ». Conformément à la promesse de vente, elle s'était, substituée au premier acquéreur, afin de devenir propriétaire d'une parcelle de terrain et exploiter la richesse du sous-sol. Cette information relative à la teneur du sous-sol, pourtant déterminante du consentement, n'avait pas été divulguée aux vendeurs qui, une fois avertis, tentèrent d'obtenir l'annulation de la vente pour dol. La cour d'appel fit droit à la demande des vendeurs en retenant un dol par réticence. La société forma un pourvoi en cassation. Son avocat critiqua alors cet arrêt en rappelant implicitement à la Cour de cassation la solution qu'elle avait adoptée quelques mois auparavant dans l'arrêt *Baldus* : « *la bonne foi contractuelle ne va pas jusqu'à imposer à l'acquéreur d'informer son vendeur des qualités de la chose vendue et de la destination projetée de celle-ci* »⁵³⁷. L'interprétation ainsi proposée à la Cour de cassation ne dépendait pas des préférences subjectives du représentant mais était entièrement guidée par la volonté du client de maintenir le contrat de vente.

146. Propos conclusifs - En définitive, l'activité dogmatique est toujours fonction de la volonté. Lorsqu'un universitaire produit un discours dogmatique, celui-ci repose sur la

⁵³⁴ C'est le sens de la démonstration menée dans le premier titre.

⁵³⁵ Sur le mandat *ad litem* : cf. not. *supra* n°89.

⁵³⁶ Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, n°99-11.203, *Bull. civ.* III, n°171.

⁵³⁷ Moyen unique au pourvoi n°99-11.203 (Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, *Bull. civ.* III, n°171).

volonté de prescrire une solution conforme à ses valeurs. De la même manière, l'avocat oriente son interprétation en fonction de la volonté et de l'intérêt de son client⁵³⁸.

2. Le contenu évaluatif

147. L'interprétation dogmatique, résultat d'une évaluation entre plusieurs interprétations possibles - Si le discours dogmatique poursuit une visée persuasive, son contenu contient des évaluations, c'est-à-dire des choix entre plusieurs interprétations également admissibles, effectués en fonction de préférences subjectives. Afin de construire son argumentation, l'auteur d'une interprétation dogmatique peut utiliser plusieurs matériaux : les normes en vigueur résultant des interprétations antérieures de la Cour de cassation, les énoncés textuels auxquels il peut associer la signification de son choix, mais également les « *propositions subjectives de normes* »⁵³⁹ dégagées par la doctrine dès lors qu'elles accréditent la signification choisie. Il s'agit pour lui d'utiliser les techniques argumentatives les plus convaincantes pour persuader son auditoire du bien-fondé de son interprétation.

148. L'évaluation dans le discours de l'avocat - Pour reprendre l'exemple du moyen soulevé dans l'arrêt du 15 novembre 2000, l'avocat aux Conseils, désireux de voir la qualification de dol rejetée, a explicitement visé deux énoncés législatifs et s'est implicitement référé à la jurisprudence antérieure⁵⁴⁰. La demande de cassation se fonde en effet sur la violation des articles 1116 et 1134 du Code civil aux motifs que la première disposition avait uniquement vocation à sanctionner le dol consécutif à une erreur provoquée et que la seconde n'allait pas « *jusqu'à imposer à l'acquéreur d'informer son vendeur des qualités de la chose vendue* »⁵⁴¹. Mais si l'avocat avait défendu l'intérêt du vendeur, il aurait recommandé une toute autre signification de l'article 1116 du Code civil, qu'il aurait pu

⁵³⁸ V. sur ce point : N. Molfessis, « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *RTD Civ.*, 2003, p. 165. L'auteur, qui s'intéresse aux reproches qui ont pu être formulés à l'encontre de la doctrine qui, sous forme d'écrits universitaires, procéderait en réalité à des consultations déguisées, parvient au même constat que nous : l'absence de scientificité de deux types de discours (avocat, membre de la doctrine) : « *Faudrait-il distinguer intérêts personnels et attachement à des valeurs ? Pourtant, l'une comme l'autre ne méconnaissent-elles pas, par hypothèse, l'exigence de neutralité ?* ».

⁵³⁹ Les « *propositions subjectives de normes* », également appelées *normes applicables*, correspondent au résultat de l'interprétation dogmatique, cf. *supra* n°65 et *infra* n°157.

⁵⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ.* I, n°131 : « alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ».

⁵⁴¹ Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, n°99-11.203, *Bull. civ.* III, n°171.

extraire de la jurisprudence antérieure⁵⁴² ou de certaines positions doctrinales, comme celles promues par les partisans d'une lecture solidariste du contrat⁵⁴³. Le représentant a donc effectué des évaluations en vue de maximiser ses chances de succès devant la Cour de cassation.

149. L'évaluation dans le discours doctrinal - La doctrine a également recours à des évaluations dans son travail de justification et de systématisation de la législation ou des normes en vigueur. Dans les commentaires d'arrêts, il s'agit souvent de reconstruire le raisonnement judiciaire afin d'en évaluer la pertinence. De nouveau, les réactions suscitées par l'arrêt du 15 novembre 2000 fournissent une bonne illustration de cette activité dogmatique. La Cour de cassation a décidé de retenir dans ce cas particulier l'annulation de la vente en raison de la réticence dolosive de l'acquéreur, alors que quelques mois auparavant, elle affirmait, dans une formule générale qu'« *aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur* »⁵⁴⁴. À l'évidence, cette solution se marie difficilement avec celle de l'arrêt *Baldus*⁵⁴⁵. Plusieurs auteurs ont toutefois tenté d'en expliquer les raisons en invoquant principalement la qualité de professionnel de l'acquéreur⁵⁴⁶, l'objet de l'erreur provoquée ou encore la matérialité des manœuvres dolosives⁵⁴⁷. Aussi éclairées soient-elles, ces analyses sont évaluatives parce qu'elles font prévaloir certaines justifications sur d'autres. Ces commentaires « *se placent, en d'autres termes, non pas sous le signe de la vérité et de la vérification, mais sous celui de la justesse et de la justification* »⁵⁴⁸.

⁵⁴² Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n°89-16.975, *Bull. civ.* III, n°108 : « Vu l'article 1116 du Code civil, (...) sans rechercher si la réticence de l'acheteur ne constituait pas un manquement à la bonne foi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁵⁴³ Cf. les positions retenues par Christophe Jamin et Denis Mazeaud sur ce point, *supra* n°144.

⁵⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11381, *Bull. civ.* I, n°131.

⁵⁴⁵ V. sur ce point : obs. sous Civ. 3^{ème}, 21 févr. 2001, *D.* 2001, p. 2702, D. Mazeaud : « *Sincèrement, on éprouve quelques difficultés à identifier l'idée force qui anime, à propos du régime de la réticence dolosive, la jurisprudence de la Cour de cassation* ».

⁵⁴⁶ V. note sous Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, arrêt préc., *RTD Civ.*, 2001, p.355, obs. J. Mestre et B. Fages : selon ces auteurs, la qualité de professionnel n'est pas une condition de reconnaissance d'un dol, mais celle-ci « *peut néanmoins peser dans la balance* ».

⁵⁴⁷ V. note sous Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, arrêt préc., Défrénois 2001, p. 242, E. Savaux. L'auteur soutient que l'erreur provoquée porte en réalité sur la valeur du terrain et non sur la qualité du terrain et que la manœuvre de l'acheteur s'apparente davantage à une manœuvre positive (en raison de la clause de substitution présente dans le contrat de vente) qu'à une simple réticence.

⁵⁴⁸ P. Amselek, « La part de la science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, p. 343.

B. La portée distinctive de la fonction prescriptive

150. Le discours dogmatique est prescriptif car il repose sur la volonté de son auteur d'influencer les organes normatifs et qu'il contient en conséquence des évaluations en vue de prescrire une signification plutôt qu'une autre. Si cette caractéristique est incompatible avec le discours scientifique (1), elle est également une qualité du discours authentique, c'est-à-dire des interprétations de la Cour de cassation (2).

1. Un point de rupture avec le discours scientifique

151. Le caractère exclusivement descriptif du discours scientifique - Les théoriciens positivistes ont ceci en commun qu'ils admettent, à côté du droit, l'existence de discours scientifiques dont l'objet consiste uniquement à décrire le droit. Convaincus de la possibilité d'adopter une démarche purement scientifique, ils s'astreignent à porter un regard descriptif sur le droit. C'est le postulat posé par Kelsen et qui peut se résumer ainsi : *à celui qui veut faire œuvre de science, il est prescrit de décrire*⁵⁴⁹. Cette prescription épistémologique éloigne ainsi le discours dogmatique du discours scientifique tant au niveau de sa fonction que de son contenu.

152. Un discours fonction de la connaissance et non de la volonté - Le discours scientifique est fonction, non de la volonté, mais de la connaissance. Conformément à une ontologie réaliste, l'auteur d'un discours scientifique ne cherche pas à prescrire une signification parmi d'autres, il souhaite simplement décrire celles qui ont été dégagées par les interprètes authentiques, notamment par la Cour de cassation⁵⁵⁰. En conséquence, le contenu de ce discours est constitué de propositions et non d'interprétations qui sont toujours des évaluations⁵⁵¹. Les propositions se distinguent des évaluations car elles peuvent être vérifiées.

⁵⁴⁹ Kelsen insiste sur le concept de neutralité axiologique. V. par ex. in *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 92 : « *La science du droit n'a ni à approuver ni à désapprouver son objet, mais uniquement à le connaître et à le décrire. Bien que les normes juridiques en tant que prescriptions fondent des valeurs, la fonction de la science du droit n'est en aucun sens d'apprécier son objet ou de l'évaluer ; elle est seulement de le décrire, indépendamment de tout jugement de valeur (wertfreiheit). Le juriste scientifique ne s'identifie avec aucune valeur juridique, notamment pas avec celles qu'il décrit* ». V. égal. M. Troper, « Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du droit », in *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 527 : l'auteur explique que la *Théorie pure du droit* comporte une théorie de la science du droit qui « *indique les conditions auxquelles devrait satisfaire le comportement des juristes pour être scientifique, elle leur prescrit de décrire* ».

⁵⁵⁰ cf. *supra* n°75 et 76.

⁵⁵¹ M. Troper, *La philosophie du droit*, op. cit., p. 27 : l'auteur distingue la proposition de la prescription : « *par la première, nous communiquons des informations, nous décrivons le monde ; par la seconde, nous tentons de provoquer des conduites au moyen de commandements, de conseils ou de recommandations* ».

Ainsi, selon la TRI, elles sont vraies si la Cour de cassation a effectivement affirmé la solution décrite, fausses dans le cas inverse. Autrement dit, le discours scientifique maintient une extériorité par rapport à son objet, alors que le discours prescriptif, « *quoi que formellement extérieur à son objet (...) se place à son niveau* »⁵⁵².

153. Difficulté liée à l'identification de discours universitaires purement scientifiques - En pratique, il est toutefois difficile de trouver des illustrations de discours purement scientifiques dans la littérature juridique. Riccardo Guastini a justement mis en évidence le caractère ambivalent des travaux universitaires : « *du point de vue du réalisme juridique, la pratique effective des juristes académiques ne peut pas être considérée véritablement comme une science (...) si nous portons un regard désenchanté, il nous apparaît très clairement que leurs discours ne sont jamais purement descriptifs, ne sont jamais totalement descriptifs* »⁵⁵³. Paul Amselek considère même que cette quête est vaine. Contestant l'ambition normativiste de réduire l'activité dogmatique à une activité scientifique, l'auteur estime que « *même les commentaires purement analytiques ou didactiques de la dogmatique juridique n'ont rien à voir, ni de loin, ni de près, avec les lois scientifiques* »⁵⁵⁴. Dans les commentaires d'arrêts par exemple, des parties descriptives cohabitent avec des parties prescriptives, c'est-à-dire avec une appréciation positive ou négative de la solution.

On peut toutefois s'essayer à proposer deux illustrations de discours qui tendent à être purement scientifiques. C'est notamment le cas des notes d'arrêts qui prennent la forme d'une description succincte d'une actualité jurisprudentielle, souvent accompagnée d'un parallèle avec des interprétations antérieures de la Cour de cassation rendues dans le même domaine ou dans des domaines voisins. Récemment, dans une note publiée au Dalloz, à propos de la preuve d'un contrat de cautionnement disproportionné, un auteur décrit la solution d'un arrêt de la Cour de cassation sans l'approuver ou la contester⁵⁵⁵. La norme en vigueur est simplement reformulée : « *lorsqu'il est établi ou nullement contesté que le cautionnement, lors de l'engagement de la caution, était manifestement disproportionné, ce n'est plus à la*

⁵⁵² M. Boudot, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, vol. n°59, p. 47.

⁵⁵³ R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini (Legal Realism Restated) », trad. É Millard, *Revus*, n°19, 2013, p. 124.

⁵⁵⁴ P. Amselek, « La part de la science dans l'activité des juristes », art. préc., p. 341 ; v. égal. du même auteur, « A propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *APD*, tome 33, 1988, p. 299 : Kelsen se ferait une fausse idée du rôle de la doctrine universitaire : « *ce n'est pas du tout une science, comme il le prétend, une science qui, à l'instar des autres sciences, observerait impartialement des phénomènes en vue d'élaborer des lois de leur survenance* ».

⁵⁵⁵ V. note sous Com., 1^{er} avril 2014, n°13-11.313, *Bull. civ. IV*, n°354, Avena-Robardet, *D.* 2014, p. 868.

caution de rapporter la preuve du caractère toujours disproportionné de son engagement et de son incapacité à y faire face à la date où elle est appelée en garantie. Cette fois, c'est au créancier de démontrer que le patrimoine de la caution lui permet de faire face à son obligation »⁵⁵⁶. Elle est ensuite mise en système avec les précédents jurisprudentiels : « *Récemment, la Cour de cassation est venue affirmer que c'est à la caution, qui entend se prévaloir du caractère disproportionné de son engagement par rapport à ses biens et revenus, d'en rapporter la preuve* »⁵⁵⁷. Ici, l'auteur n'approuve ni ne désapprouve la solution adoptée par la Haute juridiction, il en fait simplement état. Ce type de discours peut aussi se retrouver dans des ouvrages principalement destinés aux praticiens, lesquels ne laissent pas, ou très peu de place, à l'exposé des positions doctrinales, préférant la retranscription fidèle et concise des textes de lois et surtout des arrêts concernant les points étudiés⁵⁵⁸.

Cela dit, on comprend pourquoi la présentation exclusivement scientifique des normes en vigueur présente peu d'intérêt pour les membres de la communauté universitaire. En dehors de ses vertus pédagogiques, la simple description du droit positif ne permet pas d'influer sur son évolution⁵⁵⁹, comme le permet l'activité dogmatique.

2. L'analogie avec le discours authentique

154. Discours dogmatiques et authentiques, fonction de la volonté - Les discours authentiques, c'est-à-dire les interprétations notamment émises par la Cour de cassation sont, à l'instar des discours dogmatiques, de nature prescriptive. Conformément à la *TRI*, les interprétations sont des actes de volonté, et celles de la Cour de cassation ne font pas exception. Elles ne tendent pas à révéler, par un acte de connaissance, des significations

⁵⁵⁶ Note préc., à comp. avec la solution de l'arrêt : « Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes qu'il incombe au créancier professionnel qui entend se prévaloir d'un contrat de cautionnement manifestement disproportionné lors de sa conclusion aux biens et revenus de la caution, personne physique, d'établir qu'au moment où il l'appelle, le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation ».

⁵⁵⁷ Note. préc., p. 868.

⁵⁵⁸ V. par exemple la coll. *Memento pratique* éditée par F. Levebvre dans de nombreuses matières (droit commercial, social, fiscal, comptable etc.) et actualisée chaque année.

⁵⁵⁹ Sur l'intérêt de la dogmatique chez les universitaires, v. E. Picard, « *Science du droit ou doctrine juridique* », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 128 : la science du droit « *peut bien procéder à des recherches, mais son propos même lui interdit de découvrir autre chose que l'étant, en ce qui concerne le droit lui-même: cette science produit sans doute de la connaissance sur le droit, mais ne participe donc pas à l'élaboration du droit, car elle se défend d'intervenir en droit* » ; D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD Civ.*, 2002, p. 65: le positivisme kelsénien « *n'a jamais interdit ni même déconseillé à quiconque d'émettre des jugements de valeurs* » ; F. Terré, « A propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *Revue de droit d'Assas*, n°3, févr. 2011, p. 40 : « *Il n'en est pas moins vrai qu'une attitude consistant à se départir de tout esprit critique guette les juristes et se manifeste de leur part lorsqu'ils se bornent à raconter la loi et à enfileur comme des perles les décisions de jurisprudence* ».

législatives qui étaient déjà présentes, elles attribuent ces significations en recourant à des évaluations. Cette conception de l'activité juridictionnelle, à laquelle nous adhérons pleinement, a déjà été présentée et opposée à la conception normativiste, qui tend à voir dans l'activité d'interprétation de la Cour de cassation, un acte de connaissance suivi d'un acte de volonté⁵⁶⁰. Les discours authentiques et dogmatiques sont donc purement volitifs et sont le résultat d'interprétations, c'est-à-dire d'évaluations.

En définitive, la fonction prescriptive du discours dogmatique permet de le distinguer du discours scientifique, mais constitue un point de contact avec le discours authentique. Il convient donc de rechercher ailleurs un élément distinctif des deux discours. La nature des résultats qu'ils produisent constitue justement un point de séparation des deux activités.

§2. Une unité fondée sur le résultat du discours

155. Le discours dogmatique aboutit toujours au même résultat et ce quelle que soit la qualité de son auteur (universitaire ou praticien) : une norme applicable (A). Cette particularité du discours dogmatique permettra de le différencier, de manière concluante, des discours scientifiques et authentiques qui produisent d'autres résultats (B).

A. L'identification du résultat : une norme applicable

156. La distinction entre *norme applicable* et *norme en vigueur*, proposée par Michel Troper (1) est éclairante pour appréhender la nature du résultat de l'interprétation dogmatique (2).

1. La distinction entre norme applicable et norme en vigueur

157. La norme applicable, résultat de l'activité dogmatique - Afin de révéler la particularité du discours dogmatique, Michel Troper a élaboré une distinction entre norme en vigueur et norme applicable. Comme cela a déjà été expliqué, les normes en vigueur correspondent aux interprétations de la Cour de cassation car elles contiennent une signification authentique⁵⁶¹. Le concept de *norme applicable* est en revanche beaucoup moins facile à définir. L'auteur nous indique simplement que « *ce qu'on appelle* norme applicable

⁵⁶⁰ Cf. *supra* n°38.

⁵⁶¹ Cf. *supra* n°66 et s.

n'a par définition pas encore été appliqué. L'acte dont elle est la signification n'a pas encore été interprété. La norme applicable n'existe pas encore et ne peut être décrite »⁵⁶². Cette opposition entre norme applicable et norme en vigueur lui permet ensuite d'affirmer que l'objet de la science du droit est de décrire *les normes en vigueur* alors que celui de la dogmatique est d'établir quelles sont les *normes applicables*⁵⁶³.

Cette distinction fondée sur l'objet de l'interprétation, pour éclairante qu'elle soit, ne va pas sans difficultés. Elle s'appuie en effet sur un concept, celui de *norme applicable*, qui n'est pas suffisamment explicité et peut être source de confusions. Contrairement à ce que suggère l'auteur, si la norme applicable est une signification (parmi d'autres) d'un énoncé textuel, alors elle existe. Certes, l'acte dont elle est la signification n'a peut-être pas encore été interprété par un acteur authentique, mais cette circonstance ne lui fait pas pour autant perdre sa matérialité. En d'autres termes, si la dogmatique a effectivement pour objet d'établir et de recommander des normes applicables, il résulte en conséquence de cette activité des normes applicables qui peuvent être décrites. La *norme applicable* est une « *proposition subjective de norme* »⁵⁶⁴, dont ne se saisira peut-être jamais l'autorité normative, mais qui existe et qui peut faire l'objet de propositions scientifiques. Pour le dire encore autrement, si la dogmatique n'est pas une science, rien ne s'oppose à une science de la dogmatique. Pour preuve, l'ensemble des moyens en cassation étudiés dans cette thèse, et plus précisément encore, les significations subjectives d'énoncés législatifs qu'ils renferment, peuvent être décrites et leur existence ne saurait raisonnablement être mise en doute.

158. Définition de la norme applicable - Ainsi, la *norme applicable*, ou la *proposition subjective de norme* est une signification recommandée d'un énoncé textuel à la suite d'une interprétation dogmatique alors que la *norme en vigueur* est la signification imposée d'un énoncé textuel à la suite d'une interprétation de la Cour de cassation. La distinction ne repose

⁵⁶² M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, PUF-Léviathan, 1994, p. 319.

⁵⁶³ *Ibid.* : « On peut alors poser que si la science du droit décrit les normes en vigueur, la dogmatique cherche à établir quelles sont les normes applicables ».

⁵⁶⁴ On emprunte ici la formule à D. de Béchillon in « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *Revue de la recherche juridique*, vol. 1, 1994, p. 250 : l'auteur oppose les *propositions subjectives de norme*, résultant de l'activité dogmatique, aux *normes en vigueur*, qui sont objectivement des normes en ce qu'elles résultent de l'interprétation authentique. A. Viala utilise également une expression qui se rapproche de l'idée qu'on souhaite exprimer ici, celle de « *norme en puissance* » (A. Viala, « De la puissance à l'acte : la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, juil. 2011, n°4, p. 966). Il l'évoque à propos des réserves d'interprétation du Conseil constitutionnel, qui peuvent d'ailleurs s'analyser comme des *propositions subjectives de norme* appartenant à la dogmatique. L'émission d'une réserve d'interprétation relève de l'activité dogmatique dans la mesure où la signification est seulement recommandée par le Conseil constitutionnel au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, interprètes authentiques qui conservent le dernier mot du droit.

plus sur l'objet interprété, que nous étudierons plus tard, mais sur le résultat de l'interprétation et révèle ainsi une nouvelle caractéristique propre au discours dogmatique.

2. L'application de la distinction au résultat du discours dogmatique

159. L'unicité de résultat du discours dogmatique : une norme applicable - Grâce à cette distinction, il nous est permis d'affirmer que le résultat interprétatif de l'activité dogmatique est toujours une *norme applicable*. En se fondant de nouveau sur le contentieux relatif à la réticence dolosive imputable à l'acquéreur d'un bien, nous donnerons deux illustrations de normes applicables, l'une proposée par la doctrine, l'autre par un avocat aux Conseils.

Comme nous l'avons déjà signalé⁵⁶⁵, la doctrine solidariste prescrit de sanctionner par la nullité du contrat de vente, le fait pour l'acheteur de cacher au vendeur une information déterminante de son consentement sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. La norme applicable recommandée pourrait être formulée ainsi : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil doit être interprété en ce sens qu'il sanctionne la réticence dolosive de l'acheteur. Le résultat de l'activité interprétative de ces auteurs est donc une norme applicable en vue d'influencer notamment les décisions futures. Lorsque, contestant l'arrêt *Baldus*⁵⁶⁶, Denis Mazeaud et Christophe Jamin proposent cette norme applicable, ils n'expriment pas seulement ce que la Cour de cassation aurait dû décider selon leur conception du contrat, ils ambitionnent également d'influer sur les décisions à venir.

Autre exemple, la norme applicable préconisée par l'avocat aux Conseils à l'occasion du litige s'étant soldé par l'arrêt du 15 novembre 2000, invite la Cour de cassation à opter pour une interprétation restrictive de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. La norme applicable, résultat de son interprétation, peut être résumée ainsi : l'article 1134 alinéa 3 du Code civil ne doit pas imposer d'obligation d'information à la charge de l'acheteur⁵⁶⁷. Qu'elle ait été reprise ou non par la Cour de cassation n'a pas d'incidence sur son existence, la norme applicable constitue toujours le résultat tangible de l'activité dogmatique⁵⁶⁸.

⁵⁶⁵ Cf. *supra* n°144.

⁵⁶⁶ V. obs. C. Jamin sous Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ. I*, n°131, JCP G. 2001, II, 10510 et obs. D. Mazeaud sous Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, arrêt préc., Defrénois, 2000, art. 37237, p. 1110.

⁵⁶⁷ Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, n°99-11.203, *Bull. civ. III*, n°171: le moyen de cassation soulevé dans l'arrêt est le suivant : « l'article 1134 du Code civil ne va pas jusqu'à imposer à l'acquéreur d'informer son vendeur des qualités de la chose vendue ». C'est du reste ce qu'avait décidé la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt *Baldus*. Cette décision antérieure est implicitement rappelée à la Cour de cassation, sans succès ; cf. égal. *supra* n°148.

⁵⁶⁸ Contrairement à ce que suggérait l'analyse de Michel Troper qui définit la norme applicable comme dépourvue d'existence, cf. *supra* n°157.

Ce résultat est propre au discours étudié et permet alors de le distinguer du discours scientifique mais également et surtout du discours authentique.

B. La spécificité du résultat du discours dogmatique

160. Au regard de la spécificité de son résultat, le discours dogmatique se distingue du discours scientifique (1) et du discours authentique (2).

1. La spécificité par rapport au discours scientifique

161. La vérification de l'énoncé, différence entre *norme applicable* et *propositions relatives aux normes en vigueur* - Discours dogmatique et scientifique se distinguent déjà au regard de leur fonction, le premier prescrit alors que le second décrit⁵⁶⁹. Ils s'opposent encore, et par voie de conséquence, au regard de leurs résultats. Alors que le discours dogmatique produit une *norme applicable*, le discours scientifique produit des *propositions relatives aux normes en vigueur*. Le point de rupture entre ces deux énoncés se situe ainsi dans leur aptitude à être vérifiés.

162. La possibilité de vérifier les propositions formulées par la science juridique - Les *normes applicables* ne sont jamais susceptibles d'être vraies ou fausses alors que « *les propositions de la science du droit (...) peuvent être vérifiées – elles sont vraies si l'événement qu'elle décrivent a eu lieu, fausses dans le cas contraire* »⁵⁷⁰. Dès qu'une proposition correspond à l'objet qu'elle entend décrire, alors il s'agit d'une proposition scientifique⁵⁷¹. Dans le cas contraire, elle perd ce caractère. Il existe plusieurs exemples de ce type d'énoncé. Ils se retrouvent notamment dans des extraits de commentaires d'arrêts, lorsque leurs auteurs décrivent une solution de la Cour de cassation en la citant ou en la reformulant fidèlement⁵⁷².

⁵⁶⁹ cf. *supra* n°151 et s.

⁵⁷⁰ M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *op. cit.*, p. 320.

⁵⁷¹ Il s'agit du principe traditionnel de « *vérité-correspondance* », formulé en premier par Aristote, qui suppose l'existence d'un lien entre les termes d'un discours et sa portée existentielle, c'est-à-dire d'une adéquation entre un fait et le discours qui s'en saisit. V. Aristote, *Catégories de l'interprétation. Organon I et II*, trad. Jules Tricot, Paris, J. Vrin, 2014, spéc. p. 95 : « *Tout discours a une signification, non pas toutefois comme un instrument naturel, mais ainsi que nous l'avons dit, par convention. Pourtant tout discours n'est pas une proposition, mais seulement le discours dans lequel réside le vrai ou le faux, ce qui n'arrive pas dans tous les cas : ainsi la prière est un discours, mais elle n'est ni vraie, ni fausse* ».

⁵⁷² Cf. *supra* n°153 sur les exemples de discours exclusivement descriptifs.

163. L'impossibilité de vérifier les normes applicables recommandées par la dogmatique juridique - Le discours dogmatique produit une norme applicable qui n'est pas susceptible d'être vérifiée, car elle n'est ni vraie, ni fausse.

On pourrait toutefois soutenir qu'une norme applicable recommandée par un juriste (universitaire ou praticien) est vraie dès lors qu'elle est reprise par la Cour de cassation, devenant ainsi une norme en vigueur. Par exemple, lorsqu'en 2007, la Cour de cassation est venue poser une distinction entre la « *substance* » et les « *prérogatives contractuelles* » afin de clarifier la portée de l'article 1134 du Code civil⁵⁷³, elle a immédiatement précisé, dans un communiqué, qu'elle s'était inspirée d'une interprétation doctrinale proposée par plusieurs universitaires⁵⁷⁴. La norme applicable préconisée par ces auteurs est alors devenue, suite à une décision de la Haute juridiction, une norme en vigueur. Pour autant, est-il possible d'affirmer que cette reconnaissance jurisprudentielle signifie que la norme applicable proposée est vérifiée ? La réponse à cette question varie en fonction de la définition du droit que l'on retient. Holmes, père du mouvement réaliste américain, adopte une conception du droit permettant de répondre positivement à cette interrogation. En affirmant que le droit correspond « *aux prédictions de ce que les tribunaux décident effectivement* »⁵⁷⁵, il admet que puissent exister des discours dogmatiques vrais, c'est-à-dire des prédictions ultérieurement reconnues par les juridictions suprêmes. La science du droit aurait alors pour objet l'ensemble des prédictions portées sur les décisions judiciaires. On peut opposer à cette conception du droit au moins deux arguments.

Le premier qui a été avancé par Kelsen, tient à ce qu'elle repose sur une confusion entre la science du droit et son objet : l'activité de prédiction « *n'est pas la tâche de la science du droit, qui ne peut décrire les normes individuelles créées par les tribunaux et les normes générales créées par les organes législatifs ou par la coutume qu'après qu'elles sont entrées en vigueur* »⁵⁷⁶. Le reproche tient à ce que l'étude des normes susceptibles de se transformer en droit positif ne peut être considérée comme scientifique. L'objet d'étude, les normes en devenir, n'est pas clairement identifiable et sa délimitation, éminemment subjective,

⁵⁷³ Com., 10 juil. 2007, n°01-14.768, *Bull. civ.* IV, n°188 : « Si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

⁵⁷⁴ Communiqué relatif à l'arrêt n°966 du 10 juil. 2007, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation : la Cour de cassation signale que « *cette distinction n'est pas inconnue en doctrine (V. not. P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, Les obligations, n°764) et rejoint celle qui est parfois faite entre "Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat" (P. Ancel, RTD civ. 1999, 772)* ».

⁵⁷⁵ O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, p. 457-478, spéc. p. 481, trad. C.-S. Pinat, in *Cahiers Teutates*, n°1/5, 2012 [Online].

⁵⁷⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris, p. 123.

contrarierait ainsi la neutralité axiologique au fondement de l'entreprise cognitive. Aussi pertinent soit-il, l'argumentaire kelsénien, qui consiste à affirmer qu'on ne peut connaître que le droit existant, c'est-à-dire les décisions juridictionnelles, s'associe difficilement avec le fait qu'il attribue, aux énoncés textuels (Constitution, lois, règlements, etc.) une signification. En d'autres termes, si Kelsen admet qu'une loi contient une signification objective que le juge est en mesure de connaître⁵⁷⁷, alors il ne peut, sans se contredire, ôter tout caractère scientifique aux discours intervenant avant la décision juridictionnelle⁵⁷⁸. Selon cette conception, la science du droit peut jouer un rôle en amont de l'activité juridictionnelle car l'objet d'étude, le droit, lui préexiste et les propositions qui résultent de cette activité peuvent être vraies ou fausses.

Plus convaincante est alors l'argumentation de Michel Troper dans la mesure où il soutient que les énoncés textuels n'ont, avant leur interprétation par les juridictions suprêmes, aucune signification authentique. Ce postulat, qui a déjà été présenté, ôte tout caractère cognitif aux interprétations authentiques : il ne s'agit pas pour la Cour de cassation de connaître, d'appliquer les énoncés textuels mais de leur attribuer une signification librement déterminée. Actes de pure volonté, les interprétations authentiques ne sont ni vraies, ni fausses, pas plus que les interprétations dogmatiques qui les précèdent. Pour reprendre l'exemple initial, lorsque certains universitaires ont recommandé de distinguer entre *substance contractuelle* et *prérogative contractuelle*, cette prescription n'était ni vraie, ni fausse. Elle n'est pas devenue vraie parce que la Cour de cassation a repris à son compte la distinction. Ni l'interprétation authentique ni l'interprétation dogmatique ne sont vérifiables puisque ni l'une, ni l'autre, ne contiennent une vérité qui correspondrait à l'énoncé interprété, à savoir l'article 1134 du Code civil.

En définitive, les énoncés dogmatiques produits antérieurement ou postérieurement à l'interprétation des cours suprêmes⁵⁷⁹ ne sont pas des énoncés scientifiques car ils contiennent des évaluations. Comme le précise Michel Troper, « *la proposition de la dogmatique que la loi L a le sens qu'il est obligatoire que p n'est en effet pas vérifiée par cette circonstance qu'un juge produit un énoncé identique, ni infirmé dans le cas contraire, car la dogmatique*

⁵⁷⁷ Sur le caractère dual de l'interprétation juridictionnelle, cf. *supra* n°38.

⁵⁷⁸ M. Troper, « Entre science du droit et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *op. cit.*, p. 318 : « *dans la mesure où comme Kelsen l'admet par ailleurs, toute création du droit est en même temps application, celle-ci présuppose naturellement la connaissance du droit applicable* ».

⁵⁷⁹ M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *op. cit.*, p. 320 : « *Il est fréquent que, même après la décision du juge, la dogmatique affirme que le juge s'est trompé sur la norme applicable. Une telle attitude n'est nullement illégitime : prétendre que le juge s'est trompé ne signifie pas contester l'existence d'une norme en vigueur, mais seulement exprimer un énoncé invérifiable, de sorte que, même après la décision judiciaire, la discussion peut se poursuivre dans le but d'influer sur des décisions ultérieures* ».

ne prétendait pas décrire cet énoncé, qui exprime une norme en vigueur »⁵⁸⁰, mais formulait seulement une proposition subjective de norme.

2. La spécificité par rapport au discours authentique

164. L'aptitude à produire des effets juridiques, différence entre *norme applicable* et *norme en vigueur* - Les discours dogmatiques et authentiques ont de nombreux points communs. Fondés sur la volonté de leurs auteurs, ils poursuivent une fonction prescriptive et contiennent des évaluations en vue d'imposer le choix d'une signification plutôt qu'une autre. Il est toutefois possible d'opposer ces deux types d'interprétation dès lors qu'on admet que « le droit est formé d'une espèce particulière de prescriptions : les normes »⁵⁸¹ en vigueur. En d'autres termes, les résultats des interprétations authentiques et dogmatiques sont différents : les premières génèrent des normes en vigueur, les secondes des normes applicables. Seules les premières créent du droit, les secondes peuvent seulement influencer les juridictions suprêmes, c'est-à-dire pour ce qui nous intéresse la Cour de cassation, à adopter la signification préconisée. Conformément à la définition de l'interprétation authentique, une prescription dogmatique ne s'impose pas en tant que telle comme une norme en vigueur dans le système juridique. Elle peut être reprise, écartée ou abandonnée par l'interprète authentique qui dispose toujours du dernier mot. La norme applicable se distingue donc de la norme en vigueur car elle ne produit pas d'effets juridiques, c'est-à-dire qu'elle est sans conséquence sur le comportement des justiciables.

À titre d'exemple, même si certains universitaires appelaient de leurs vœux une contrepartie financière à la clause de non-concurrence supportée par le salarié⁵⁸², la Cour de cassation a pendant longtemps refusé d'admettre qu'elle était une condition de sa validité⁵⁸³. Le discours dogmatique était alors sans influence sur les employeurs concernés qui n'étaient pas obligés de prévoir une contrepartie financière. En revanche, lorsque la Chambre sociale a opéré sur ce point un revirement en jugeant « qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle (...) comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une

⁵⁸⁰ *Ibid.* p. 320.

⁵⁸¹ M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 28.

⁵⁸² V. par ex. J. Pélissier, « La liberté du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 19 et s., spéc. p. 19 : l'auteur conteste la jurisprudence qui refuse de soumettre l'engagement de non-concurrence du salarié au paiement par l'employeur d'une contrepartie financière : « cette jurisprudence, qui est de plus en plus mal acceptée par les juges du fond, doit être combattue. Elle est juridiquement inacceptable, socialement injuste, économiquement absurde ».

⁵⁸³ Soc., 20 oct. 1993, n°90-45.045 : « la cour d'appel a exactement énoncé que l'absence de contrepartie pécuniaire n'était pas une condition de validité d'une clause de non-concurrence ».

contrepartie financière »⁵⁸⁴, sa prescription a modifié substantiellement la situation des justiciables concernés. Les clauses de non-concurrence qui ne prévoyaient pas de contrepartie financière ont dû être modifiées avec l'accord des deux parties ou étaient susceptibles d'être annulées, et, les clauses conclues postérieurement à cette décision devaient se conformer à cette norme en vigueur. Ainsi, la prescription selon laquelle une contrepartie financière est une condition de validité de la clause de non-concurrence a d'abord été une *norme applicable* avant d'être une *norme en vigueur*. Mais c'est seulement cette deuxième circonstance qui a fait produire des effets de droit à la prescription puisque « *tant qu'un juge n'a pas dégagé d'un tel texte l'interprétation dont résulte la norme en vigueur, le juriste ne se trouve en présence que d'une potentialité de normes applicables (...). Son évaluation (...) consistera à faire le travail auquel se livre le juge, sans avoir le pouvoir de délivrer l'interprétation authentique* »⁵⁸⁵.

165. Propos conclusifs - En définitive, tout discours dogmatique poursuit une fonction prescriptive et produit une norme applicable. Ces caractéristiques participent à l'unité de notion et permettent de la distinguer de concepts voisins, notamment des discours scientifiques et authentiques. Pour appréhender le discours de l'avocat aux Conseils, cette étape était donc nécessaire car elle a permis de valoriser son caractère dogmatique et de comprendre la particularité du résultat de son interprétation, une « *norme applicable* », qu'on peut également appeler une « *proposition subjective de norme* ». Elle n'est toutefois pas suffisante pour comprendre les liens qu'entretient son discours avec celui de la Cour de cassation.

Contrairement à ce que laissent actuellement penser les principales théories positivistes du droit, ce n'est pas parce que, à l'image de l'interprétation doctrinale, l'interprétation de l'avocat produit seulement une norme applicable qu'elle ne présente aucune spécificité par

⁵⁸⁴ Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.135, *Bull. civ.* V, n°239.

⁵⁸⁵ A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 202.

rapport aux autres discours dogmatiques⁵⁸⁶. Pour le comprendre, il convient de préciser encore davantage ce concept de dogmatique en décrivant la dualité qu'il renferme.

Section 2. La dualité des discours dogmatiques

166. Si les discours dogmatiques ont des caractères communs, leur diversité ne peut pas être éludée. Dans la mesure où ils peuvent être l'œuvre de plusieurs interprètes aux aspirations des plus disparates⁵⁸⁷, la recherche d'une nouvelle distinction permettant d'appréhender ces discours plus précisément apparaît incontournable. Rien dans ce que nous avons déjà présenté ne permet en effet de spécifier ce que représente le discours de l'avocat aux Conseils par rapport au discours doctrinal, ou encore par rapport à certains discours juridictionnels dogmatiques⁵⁸⁸.

Dans cette perspective, le *distinguo* entre *interprétation opérative* et *interprétation doctrinale* se révèle essentiel à notre démonstration puisqu'il permet d'opérer une classification des discours dogmatiques (§1) et présente l'avantage de révéler leur profonde dualité (§2).

§1. La distinction entre interprétation doctrinale et interprétation opérative

167. La notion d'interprétation a fait l'objet de nombreux travaux universitaires en vue d'éclairer ses spécificités. Aussi plusieurs typologies ont-elles été proposées invitant notamment à s'intéresser au fondement, à l'objet ou encore au résultat de l'interprétation⁵⁸⁹. L'une d'entre elles, proposée par un universitaire italien, qui tend à différencier les *interprétations doctrinales* des *interprétations opératives* (A) attire particulièrement notre attention car elle est applicable aux discours dogmatiques (B).

⁵⁸⁶ Le normativisme kelsénien et le réalisme tropérien confondent le discours doctrinal avec le discours de l'avocat dans les catégories respectives d'*interprétations politiques* (cf. *supra* n°36) et d'*interprétations dogmatiques* (cf. *supra* n°65). Cette assimilation des deux discours est fréquente, v. par ex. : X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 58, n°101 : l'auteur, qui retient une définition normativiste du droit, range sous le vocable d'« *interprétation doctrinale* » certaines interprétations universitaires et les interprétations de l'avocat : « *S'il s'agit d'une interprétation faite par un organe non habilité, non autorisé, incompétent pour appliquer le droit, on parlera d'interprétation doctrinale. Tel est le cas, par exemple, des professeurs de droit ou des avocats. L'interprétation qu'ils retiennent d'une norme n'a aucune valeur juridique, elle ne fait que révéler la signification de l'énoncé retenue par celui qui la formule. Elle n'emporte aucune conséquence juridique directe (...)* ».

⁵⁸⁷ Comme nous le verrons, cette catégorie réunit universitaires, juges du fond, avocats à la Cour, avocats aux Conseils, magistrats intervenant dans la phase préparatoire de la décision.

⁵⁸⁸ Sur cette notion, cf. *infra* n°178 et s.

⁵⁸⁹ V. A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, *Interprétation, pp. 314-316, rubrique rédigée par Wróblewski.

A. Une distinction fondée sur le contexte de production de l'interprétation

168. L'auteur de la distinction - C'est Luigi Ferrajoli, universitaire italien et théoricien du droit, qui est à l'origine de cette distinction. Positiviste, il considère que l'interprétation peut être une activité de la connaissance et « *pense que la tâche de la science du droit est d'orienter le législateur, en dénonçant les lacunes et les antinomies présentes dans le système* »⁵⁹⁰. Quel que soit son positionnement théorique, il est à l'origine d'une distinction entre *interprétation doctrinale* et *interprétation opérative*⁵⁹¹ qui s'avère très éclairante pour notre démonstration.

169. Critère de distinction entre *interprétation doctrinale* et *interprétation opérative* - Avant de définir ces deux notions, il faut s'intéresser au critère qui les distingue. Certains universitaires ont soutenu que cette distinction était fondée sur la qualité de l'auteur⁵⁹². L'*interprétation doctrinale* proviendrait des juristes universitaires alors que l'*interprétation opérative* proviendrait des juristes praticiens.

Cette analyse ne va pas sans difficultés. S'il est vrai, à première vue, que cette dichotomie semble renvoyer à deux catégories d'interprètes : les universitaires d'un côté, et les praticiens de l'autre, cette proposition ne rend pas compte de la variété des missions que peuvent réaliser chacun de ces acteurs. La ligne de séparation entre activité pratique et théorique n'est pas franche. Il se peut qu'un universitaire exerce le métier d'avocat ou qu'il soit consulté par un avocat ou la juridiction elle-même afin d'éclairer les acteurs du procès sur un point de droit précis⁵⁹³. Il se peut également qu'un praticien exerce des fonctions universitaires ou participe à l'œuvre doctrinale. C'est du reste ce que démontre Frédéric Zenati lorsqu'en analysant l'évolution du contenu des revues juridiques, celui-ci remarque que « *les publications de*

⁵⁹⁰ R. Guastini, « Le réalisme juridique redéfini (Legal Realism Restated) », trad. É. Millard, *Revus*, n°19, 2013, p. 13, note n°32.

⁵⁹¹ L. Ferrajoli, « Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 290 et s.

⁵⁹² V. par ex. F. Ost et M. Van de Kerchove, « Interprétation », *APD*, tome 35, 1990, p. 170 : les auteurs décrivent la typologie pensée par L. Ferrajoli dans une rubrique intitulée : « *Typologie selon les auteurs de l'interprétation* ».

⁵⁹³ V. sur ce point : Ph. Jestaz, Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 238 : les auteurs s'intéressent à la consultation contentieuse qui ne peut être ignorée par les magistrats ; P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique: recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 96 à 103 : l'auteur décrit que le juge rapporteur ou l'avocat général peut recourir aux travaux d'universitaires en vue d'informer et de prescrire le choix d'une solution à la Cour de cassation.

praticiens sont en nombre croissant »⁵⁹⁴. Aussi paraît-il plus pertinent de faire reposer cette distinction, non pas sur la qualité de l'interprète, mais sur le contexte dans lequel l'interprétation est produite.

Contrairement à l'interprétation doctrinale, l'interprétation opérative prend place dans un contentieux. Comme Luigi Ferrajoli l'explique, l'interprétation opérative se distingue de l'interprétation doctrinale en ce qu'elle « *participe à la résolution d'un cas concret, c'est-à-dire celle qui intervient dans un processus juridictionnel* »⁵⁹⁵. En d'autres termes, l'interprétation émise dans le cadre d'un litige est *opérative* alors que l'interprétation émise en dehors de tout litige est *doctrinale*. L'interprétation doctrinale est « *le fait du juriste spectateur contemplant la signification du langage juridique (...)* [alors que l'interprétation opérative est] *le fait du juriste acteur participant à sa création* »⁵⁹⁶. Il faut être prudent et ne pas considérer que *l'interprétation doctrinale* est sans effet sur la création du droit, puisqu'elle est également une source de prescriptions en vue d'influencer l'interprète authentique, seul habilité à créer des normes. Il faut seulement comprendre que *l'interprétation doctrinale* ne participe pas immédiatement à la résolution d'un litige contrairement à *l'interprétation opérative* qui est nécessairement produite au cours d'un processus litigieux.

170. Utilisations de la distinction - Cette distinction a souvent été utilisée par d'autres auteurs pour spécifier ce que représentait l'interprétation juridique par rapport à d'autres interprétations. Batiffol s'est par exemple appuyé sur cette distinction pour dissocier l'interprétation *signification* et l'interprétation *direction* en spécifiant que les interprétations juridiques appartiennent au second type: « *la recherche du sens comme signification de la pensée de l'auteur n'intéresse que l'historien* »⁵⁹⁷. Dans des termes assez proches, Kalinowski a distingué l'interprétation *théorique* de l'interprétation *pratique* en indiquant que l'interprétation juridique est une interprétation du deuxième type puisqu'elle n'ambitionne pas d'étudier le sens originel des énoncés mais plutôt de prévoir comment les justiciables doivent se comporter⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ F. Zénati, « L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique », *RTD Civ.*, 2002, p. 691.

⁵⁹⁵ L. Ferrajoli, « Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 297, trad. par nos soins.

⁵⁹⁶ F. Ost et M. Van de Kerchove, art. préc., p. 171.

⁵⁹⁷ H. Batiffol, « Questions de l'interprétation juridique », *APD*, tome 17, 1972, p. 2-27 et spéc. p. 18.

⁵⁹⁸ G. Kalinowski, « Philosophie et logique de l'interprétation en droit », *APD*, tome 17, 1972, p. 39-49 et spéc. p. 41.

Si la distinction opérée par Luigi Ferrajoli a permis de distinguer les discours juridiques des autres types de discours, elle trouve également à s'appliquer au sein même des discours juridiques, et plus précisément encore au sein des discours juridiques dogmatiques afin d'en proposer une classification. Il s'agit alors d'utiliser ces concepts pour décrire la dualité des discours dogmatiques.

B. L'application de la distinction aux discours dogmatiques

171. L'emploi de la distinction entre *discours opératif* et *discours doctrinal* permet de proposer une typologie des discours dogmatiques. Même s'ils émanent d'une multitude d'acteurs, il s'agit de montrer que chaque discours dogmatique peut être classé dans l'une ou l'autre des deux catégories suivantes : la *dogmatique doctrinale* (1) ou la *dogmatique opérative* (2).

1. La dogmatique doctrinale

172. Notion - *A priori*, cet intitulé paraît tautologique dans la mesure où le terme de dogmatique a pu être assimilé à celui de doctrine⁵⁹⁹. Pourtant, la distinction qui vient d'être présentée permet d'affirmer que si tout discours doctrinal est dogmatique⁶⁰⁰, tout discours dogmatique n'est pas nécessairement doctrinal. Le discours dogmatique doctrinal est en effet, par opposition au discours dogmatique opératif, celui qui ne participe pas directement à la résolution d'un litige. Dogmatique, il tend à influencer les autorités normatives, mais doctrinal au sens de « *non-opératif* », il n'est pas nécessaire à la résolution d'un litige, contrairement et par exemple à celui de l'avocat. Aussi apparaît-il important de préciser les contours de ce discours en identifiant ses auteurs, ses supports et ses destinataires.

173. La diversité de ses auteurs - La dogmatique doctrinale est l'œuvre des juristes qui s'expriment sur le droit à des fins prescriptives sans que leurs prescriptions ne soient nécessaires à la résolution d'un litige. Partant, ce sont les discours juridiques prescriptifs produits en dehors de tout processus juridictionnel qui sont concernés.

⁵⁹⁹ V. en ce sens Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004. Ces auteurs insistent sur le caractère éminemment dogmatique de la doctrine, organisée en entité et empêchant ainsi le renouvellement des méthodes d'approches du droit.

⁶⁰⁰ V. cependant une définition différente de la doctrine, qui autorise à penser qu'elle présente des aspects scientifiques : « *ensemble des productions dues à la science juridique* » in A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, *Doctrine, rubrique rédigée par S. Cimamonti, p. 186.

Ceux-ci proviennent généralement des universitaires dont la fonction consiste à enseigner le droit, mais également, comme on a pu le constater, à le faire évoluer dans un sens conforme à leurs préférences subjectives⁶⁰¹.

Les praticiens qui produisent des discours prescriptifs sur le droit en dehors de leur mission de représentation en justice relèvent également de cette catégorie. Dans leur fonction de rédacteur d'actes ou de conseiller, les avocats, les notaires ou encore les juristes d'entreprise produisent effectivement des qualifications ou des interprétations juridiques finalisées. Il en va de même lorsqu'ils exercent une activité académique (contribution à des revues ou à des ouvrages juridiques, participation à des colloques, dispense de travaux dirigés, etc.) et qu'ils ne se limitent pas à décrire le droit positif.

Il faut enfin préciser que certains discours produits par les juridictions appartiennent aussi à la dogmatique « *non-opérative* ». Lorsque dans ces rapports annuels, la Cour de cassation suggère par exemple des réformes législatives, elle adopte bien une posture prescriptive en dehors de tout procès⁶⁰². De même et plus discrètement, lorsque par l'intermédiaire de son service de documentation et d'études, la Cour de cassation réagit spontanément à des difficultés d'interprétation engendrées par une législation nouvelle, elle fait également œuvre de doctrine sans que ses interprétations n'interviennent à l'occasion d'un litige⁶⁰³.

174. La diversité de ses supports - Les supports de la *dogmatique doctrinale* sont très nombreux et se sont diversifiés avec l'apparition des nouvelles technologies. Ils se manifestent principalement dans les ouvrages⁶⁰⁴ et revues juridiques, qui peuvent être édités en version papier, en version électronique ou les deux. Des sites internet ou des blogs juridiques peuvent également leur être dédiés⁶⁰⁵. Ils peuvent aussi être présentés sur supports

⁶⁰¹ Cf. *supra* n°144 sur la doctrine du solidarisme contractuel.

⁶⁰² Les premières parties des rapports annuels de la Cour de cassation sont généralement consacrées aux « *suggestions de modifications législatives ou réglementaires* », v. par ex. *Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation - La preuve*, La documentation française, 2013, pp. 29 à 89.

⁶⁰³ Sur cette pratique, v. N. Molfessis, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 37 et s. L'auteur s'interroge sur cette technique qui ne suppose pas, à la différence de la procédure officielle d'avis, que les juridictions du fond la saisissent d'une question nouvelle et sérieuse.

⁶⁰⁴ Le terme d'ouvrages juridiques est ici employé *lato sensu*. Il vise les traités, les manuels, les thèses, les mélanges (...) qui sont tous susceptibles de contenir des parties prescriptives souvent présentées comme des parties critiques ou prospectives.

⁶⁰⁵ De nombreux sites et blogs ont été créés par des juristes praticiens et universitaires. Ces blogs peuvent être personnalisés ou thématiques : v. par ex. pour des universitaires : le blog de Daniel Mainguy : <http://www.daniel-mainguy.fr/>, ou de Marie-Anne Frison-Roche : <http://www.mafr.com/> ; ou à propos des droits de l'homme : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/category/credof/> ; pour des avocats : celui de Maître Eolas : <http://www.maitre-eolas.fr/> ou celui de maître Mô : <http://maitremo.fr>. Pour la doctrine non-opérative de la Cour de cassation, on la retrouve dans ses rapports annuels ou dans les publications de son SDE, accessibles en version papier ou en ligne sur le site de la Cour de cassation.

vidéogrammes qui reproduisent des conférences ou des débats sur l'internet⁶⁰⁶. Lorsque le juriste est invité dans les médias pour s'exprimer sur une question juridique, le support de l'activité dogmatique peut alors être la presse généraliste, la radiodiffusion ou la télévision⁶⁰⁷.

175. La variété et la variabilité de ses destinataires - Contrairement au discours opératif⁶⁰⁸, le discours doctrinal n'a pas de destinataires immédiats, directement saisissables, car il se destine à celui qui s'y intéresse. Puisqu'une grande partie des auteurs de ce type de discours exerce une activité d'enseignement, il s'adresse en premier lieu aux étudiants. Les membres de la communauté universitaire débattent également souvent entre eux, si bien qu'on peut soutenir, avec Michel Boudot, que la « *doctrine s'adresse à elle-même ; plus exactement, les auteurs tâchent de se convaincre les uns les autres de la qualité des solutions qu'ils préconisent* »⁶⁰⁹. Les normes applicables recommandées par la doctrine ou par la Cour de cassation peuvent enfin intéresser les autorités législatives ou juridictionnelles.

176. Propos conclusifs - Nombreux sont les discours juridiques qui prescrivent une évolution du droit positif sans s'inscrire dans un processus juridictionnel. Cette dogmatique « non-opérative » n'est alors pas susceptible d'agir directement sur l'activité normative de la Cour de cassation, contrairement à la dogmatique opérative.

2. La dogmatique opérative

177. Un discours dogmatique opératif est un discours produit dans un processus juridictionnel en vue de résoudre un litige. Partant, il faut imaginer une procédure judiciaire longue, qui se solderait par un arrêt de la Cour de cassation, et admettre que tous les discours juridiques susceptibles d'être produits en amont de cet arrêt appartiennent à cette catégorie. D'un point de vue chronologique, il faut distinguer trois étapes dont la réalisation dépend, en principe, de la volonté exclusive des justiciables qui décident de saisir une juridiction de

⁶⁰⁶ De nombreuses conférences universitaires sont désormais accessibles sur l'internet, v. par ex. la chaîne youtube du Centre Perelman de Philosophie du droit : <https://www.youtube.com/user/centreperelman>.

⁶⁰⁷ On pense par exemple à l'avocat qui, interrogé à la suite d'un procès dans lequel il intervenait, salue ou fustige la décision des juges dans les médias. On pense également aux juristes, souvent universitaires, invités pour leur expertise, qui se livrent parfois à une activité prescriptive en vue de défendre des valeurs, v. par ex. les positions médiatiques de M.-A. Frison-Roche contre la reconnaissance à l'état civil des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger : « Non aux mères-fantômes » par M.-A. Frison Roche, S. Agacinsky, E. Abécassis, J. Bové et M. Onfray, *Le Monde*, 16 juin 2015 ; « Gestation pour autrui : débat filmé entre Marie-Anne Frison Roche et Maître Caroline Mecary », *Europe 1*, 25 mai 2015.

⁶⁰⁸ Cf. *infra* n°177 et s.

⁶⁰⁹ M. Boudot, *Le dogme de la solution unique : contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Thèse, Aix-en-Provence, 1999.

première instance (étape 1), d'interjeter appel (étape 2) et de former un pourvoi en cassation (étape 3)⁶¹⁰. Si toutes ces étapes sont atteintes, de nombreux acteurs auront produit un discours dogmatique avant que l'interprétation authentique ne résolve définitivement le contentieux⁶¹¹.

Afin de mieux appréhender les discours opératifs, il est possible de proposer une nouvelle distinction fondée sur la qualité de leurs auteurs. Celle-ci tend à différencier les *discours opératifs juridictionnels* produits par les juridictions ou les membres d'une juridiction (a) et les *discours opératifs extra-juridictionnels*, qui émanent des justiciables ou plus fréquemment de leurs représentants (b). C'est à cette deuxième sous-catégorie qu'appartient le discours de l'avocat aux Conseils.

a. Les discours opératifs juridictionnels

178. Notion - Les discours opératifs juridictionnels sont produits par les juridictions, à l'exception de ceux produits par la Cour de cassation⁶¹², ou par leurs membres dans le but de résoudre ou d'aider à la résolution d'un litige.

179. Les discours « *ultra-juridictionnels* » - Cette catégorie englobe d'abord des discours qu'on appellera « *ultra-juridictionnels* », c'est-à-dire les décisions des juges du fond qui sont contenues dans des jugements ou des arrêts. Il s'agit en effet de discours indispensables à la résolution judiciaire d'un litige qui prescrivent une interprétation de la loi en fonction de la volonté de leurs auteurs⁶¹³. Par ailleurs, ces discours prescriptifs ne sont pas authentiques, comme le sont ceux contenus dans les arrêts de la Haute juridiction, car ils peuvent être remis en cause par l'appel ou le pourvoi en cassation. Ces décisions des juges du

⁶¹⁰ Cette présentation correspond à l'évolution d'un litige dans un processus contentieux classique. Il est toutefois possible qu'à l'issue de la première étape, un pourvoi soit immédiatement formé lorsque, pour diverses raisons qui tiennent notamment à l'enjeu financier du litige, le jugement de première instance est insusceptible d'appel. Il se peut également en cas de cassation prononcée par la Cour de cassation, que la juridiction de renvoi résiste et que cette résistance provoque l'intervention de l'Assemblée plénière. Ajoutons par ailleurs que ce ne sont pas forcément les justiciables qui sont à l'origine de l'exercice d'un recours, comme l'illustrent les pourvois exceptionnels pour excès de pouvoir et dans l'intérêt de la loi, sur ce point cf. *supra* n°10.

⁶¹¹ Même si on se limitera à cette présentation pour répertorier tous les discours de la dogmatique opérative, il faut toutefois signaler qu'à côté de ces étapes classiques, on peut observer des étapes intermédiaires (comme le référé par exemple), distinctes (comme l'invocation d'une question prioritaire de constitutionnalité) ou subséquentes (comme la saisine de la CEDH, lorsque toutes les voies de recours internes sont épuisées).

⁶¹² Les discours opératifs sont prescriptifs mais se différencient des discours authentiques car dogmatiques, ils ne créent pas du droit, mais seulement des normes applicables. Sur ce point, cf. *supra* n°164 et s.

⁶¹³ Bien sûr, les juridictions inférieures prennent souvent en compte les précédents de la Cour de cassation lorsqu'elles se décident (cf. *infra* n°344), mais, conformément à la TRI, elles restent libres d'interpréter les énoncés législatifs invoqués comme elles le souhaitent.

fond sont destinées aux parties concernées ainsi qu'à leurs représentants et sont généralement accessibles au public⁶¹⁴.

180. Les discours pré-juridictionnels - À côté de ces discours ultra-juridictionnels, il existe des discours pré-juridictionnels, qui précèdent un jugement, un arrêt de cour d'appel ou un arrêt de la Cour de cassation.

181. Les rapports et avis produits par les magistrats - Il peut d'abord s'agir de rapports réalisés par des magistrats du siège, qui dépendent de la juridiction à laquelle ils sont rattachés, ou d'avis donnés par des magistrats du parquet, indépendants à l'égard des tribunaux⁶¹⁵.

Dans la première hypothèse, les magistrats interviennent à tous les stades de la procédure. En première instance, par exemple, devant le TGI, le juge de la mise en état peut être sollicité par le président de la chambre saisi pour réaliser un rapport, écrit ou oral⁶¹⁶. Exposant « *l'objet de la demande et les moyens des parties, il précise les questions de fait ou de droit soulevées par le litige et fait mention des éléments propres à éclairer le débat* »⁶¹⁷. Une procédure analogue est prévue en appel, un des magistrats membres de la chambre concernée peut être chargé d'instruire une affaire qui n'est pas à même d'être jugée⁶¹⁸. Devant la Cour de cassation, le président de la formation concernée par l'affaire, désigne un conseiller-rapporteur⁶¹⁹ chargé de rédiger un rapport accompagné d'un avis et d'un ou plusieurs projets d'arrêts. Seul le rapport est rendu accessible aux avocats généraux et aux parties, « *les autres documents établis par le rapporteur étant couverts par le secret du délibéré* »⁶²⁰.

Dans la seconde hypothèse, et en matière civile, le ministère public intervient à tous les stades de la procédure mais n'est représenté qu'au sein des juridictions de droit commun (TGI, cour d'appel et Cour de cassation). Il peut agir à titre principal, il est alors considéré

⁶¹⁴ De nombreux jugements et arrêts sont accessibles notamment sur le site *Légifrance* ou peuvent être transmis sur demande au greffe de la juridiction concernée.

⁶¹⁵ Les magistrats du parquet sont libres d'agir lorsqu'ils le souhaitent. Cette possibilité se transforme parfois en contrainte. V. S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard [et al.], *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 845; n°826 : « *le juge en matière civile peut toujours décider la communication d'un dossier au ministère public même dans les affaires non communicables, ce qui obligera le parquet à intervenir* ».

⁶¹⁶ V. Civ. 2^{ème}, 23 oct. 1974, n°73-14.702, *Bull. civ.* II, n°274.

⁶¹⁷ V. Art. 785 du CPC. Le juge de la mise en l'état peut également assister seul aux plaidoiries des avocats qui seront rapportées au tribunal pour l'aider dans son délibéré dès lors que les avocats ne s'y opposent pas, v. art. 786 du CPC. Une procédure similaire est également prévue devant le tribunal de commerce auprès duquel un juge est choisi pour instruire et présenter l'affaire au président de la formation, v. art. 861-3 à 871 du CPC.

⁶¹⁸ V. art. 938 à 946 du CPC.

⁶¹⁹ V. not. Art. 1012, 1013 et 1017 du CPC.

⁶²⁰ F. Cachelot, « Le rôle du conseiller rapporteur à la Cour de cassation », *Justice et Cassation*, 2008, p. 179.

comme une partie dans le procès. Il peut également agir en qualité de partie jointe : « *il n'est l'adversaire ni du demandeur ni du défendeur et il se contentera de présenter au tribunal son opinion (...) mais il est évident que le tribunal reste libre de sa décision* »⁶²¹.

Les rapports et les avis sont communiqués aux parties mais se destinent avant tout aux juridictions devant lesquels ils sont produits. Ils ne sont rendus publics que dans l'hypothèse où ils précèdent une décision considérée comme importante⁶²². Il faut préciser que si la solution préconisée par l'avocat général est explicitée, le ou les projets d'arrêts réalisés par les rapporteurs sont couverts par le secret du délibéré⁶²³. En toutes hypothèses, ces écritures ne sont que des discours internes « *où se trouvent tous les chemins interprétatifs que le juge a ou non suivis* »⁶²⁴, il s'agit de travaux préparatoires à la décision qui ne lient pas les juridictions concernées.

182. Les avis de la Cour de cassation - À côté des rapports ou avis produits par des magistrats devant la juridiction amenée à statuer, il a également été institué une procédure facultative de saisine de la Cour de cassation pour avis. Ce mécanisme, déjà expérimenté devant le Conseil d'État⁶²⁵, a été créé en 1991 en matière civile⁶²⁶. Il permet aux juridictions inférieures de saisir la Cour de cassation afin de lui soumettre une question de pur droit nouvelle et sérieuse, posée par le litige⁶²⁷. Les réponses délivrées par la Haute juridiction sont formulées dans des avis destinés aux juridictions concernées, communiqués aux parties et

⁶²¹ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard [et al.], *op. cit.*, n°836-1, p. 854.

⁶²² Les arrêts d'Assemblée plénière sont souvent accompagnés, sur le site de la Cour de cassation, des avis et rapports les ayant précédés : v. par ex. le rapport et l'avis publiés suite à l'arrêt Ass. plén., 29 juin 2007, n°06-18.141, *Bull. Ass. plén.*, n°7, à propos de la responsabilité des associations sportives.

⁶²³ En ce sens, le rapport du conseiller rapporteur ressemble *a priori* à un discours scientifique qui expose l'état du droit positif en lien avec la question posée. En revanche, puisque le rapport est accompagné d'un avis et d'un projet d'arrêt, il est dogmatique au sens de notre définition puisqu'il est évaluatif.

⁶²⁴ D. Salas, « L'arrêt Perruche, un scandale qui n'a pas eu lieu », *Justices*, Hors-Série, 2001, p. 19.

⁶²⁵ V. art. 12 de la loi n°87-1127 du 31 déc. 1987 portant réforme du contentieux administratif, JORF, 1^{er} janv. 1988, p. 7, devenu l'art. L. 113-1 du CJA : « *Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai* ».

⁶²⁶ Loi n°91-491 du 15 mai 1991 modifiant le code de l'organisation judiciaire et instituant la saisine pour avis de la Cour de cassation, JORF, 18 mai 1991, p. 6790, créant les articles L. 151-1 et s. du COJ : « *Avant de statuer sur une demande soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné. Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties* ».

⁶²⁷ Les conditions de recevabilité de la saisine ont progressivement été précisées par la Cour de cassation et sont clairement exposées in Rép. pr. civ., *Cour de cassation, par J. Boré et L. Boré, n°202 à 208.

sont accessibles au public⁶²⁸. Bien que ces avis ne lient pas en théorie les juges du fond⁶²⁹, ils participent en tout état de cause à la résolution du litige.

b. Les discours opératifs extra-juridictionnels

183. Auteurs - Si comme les discours juridictionnels, ils interviennent à l'occasion d'un contentieux, les discours opératifs extra-juridictionnels sont par définition extérieurs aux juridictions ou à leurs membres. Ils émanent, la plupart du temps, des parties au litige ou plus vraisemblablement des personnes autorisées à les représenter, c'est-à-dire des avocats à la Cour⁶³⁰ devant les juges du fond et des avocats aux Conseils devant la Haute juridiction.

Il arrive exceptionnellement que des tiers au procès interviennent devant les juges du fond ou la Cour de cassation au titre de l'*amicus curiae*. Cette pratique, née en Angleterre, s'est discrètement développée devant les juridictions civiles⁶³¹. Elle leur permet de recourir à un tiers, qui n'est pas un témoin ni même un expert au sens du Code de procédure civile⁶³², pour éclairer plusieurs aspects d'une affaire dans des domaines « tels que la bioéthique, la médecine, la philosophie, la sociologie »⁶³³. Il arrive même que des juristes universitaires soient appelés à intervenir⁶³⁴. Le recours à l'*amicus curiae* reste toutefois marginal. D'une part, les magistrats du siège et les représentants du ministère public se chargent déjà d'aborder, dans leurs rapports et avis, tous les enjeux de l'affaire, en recueillant le cas échéant

⁶²⁸ Depuis son origine et à ce jour, la Cour de cassation a rendu 247 avis, accessibles sur *Légifrance*, dont 244 ont été publiés dans un bulletin qui leur est spécialement dédié. Pour une question d'importance, v. Avis, 22 sept. 2014, n°14-70.006, *Bull. avis*, n°6.

⁶²⁹ On peine à imaginer que les juridictions inférieures ne respectent pas l'interprétation législative fournie par la Cour de cassation alors qu'elles l'avaient saisie à cet effet. Elles sont en effet contraintes par un lien hiérarchique (sur ce point, cf. *infra* n°344) et il est fort à parier, en cas de résistance à l'avis pourtant sollicité, que la décision concernée, soit finalement cassée par la Cour de cassation ; V. not. sur ce point : F. Zénati, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, p. 247 et s., spéc. p. 248 : « on ne peut s'en rapporter à l'opinion d'un tiers et la rejeter une fois qu'elle est formulée ».

⁶³⁰ Plus exceptionnellement, ces discours proviennent de personnes habilitées à représenter les parties (syndicats, associations, etc.).

⁶³¹ Les juges du fond ont été les premiers à avoir recours à l'*amicus curiae* sur une question relative à la profession d'avocat, le bâtonnier de l'Ordre des avocats du barreau de Paris a été invité à présenter ses observations : CA Paris, 21 juin et 6 juil. 1988, *Gaz. Pal.*, Rec. jurisp. 1988, p. 699, note Y. Laurin ; *RTD Civ.*, 1989, p. 138, obs. Perrot. La Cour de cassation s'est également laissée séduire : v. en premier à propos de la gestation pour autrui : Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105, *Bull. Ass. plén.*, n°4 : communication de Jean Bernard, professeur de médecine et alors président du Comité Consultatif National d'Éthique.

⁶³² C'est ce qu'a retenu la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt cité à la note préc., l'ami de la cour « qui n'est ni témoin, ni un expert, n'est pas soumis aux règles du Nouveau Code de procédure civile relatives à la récusation ».

⁶³³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°1086, p. 893-894.

⁶³⁴ V. par ex. les interventions des universitaires J. Carbonnier, M. Delmas-Marty et D. Mayer dans l'affaire relative à l'application de l'incrimination d'homicide involontaire à l'enfant à naître, ayant mené à l'arrêt Ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *Bull. Ass. plén.*, n°8 ; *D.* 2001, p. 2917, note Y. Mayaud ; *D.* 2001, Chron. p. 2907, J. Pradel.

eux-mêmes des points de vue de tiers au procès. D'autre part, elle est susceptible de soumettre la Cour de cassation au lobbying et fait ainsi l'objet de nombreuses critiques⁶³⁵.

184. Supports – À l'exception des interventions orales ou écrites au titre de *l'amicus curiae*, les discours dogmatiques opératifs extra-juridictionnels sont matérialisés dans des assignations, conclusions (devant les juridictions inférieures) ou mémoires (devant la Cour de cassation). Ces documents, internes à la procédure, sont accessibles aux parties et aux juridictions. Par ailleurs, ces écritures judiciaires, qui ont longtemps été communiquées en version papier, peuvent désormais être transmises à la partie adverse ou aux juridictions par voie électronique⁶³⁶.

185. Destinataires - Les destinataires de ces discours sont bien connus : les juridictions auxquelles ils se destinent. Si, après l'assignation, les justiciables ou leurs représentants s'échangent leurs écritures, celles-ci sont nécessairement présentées à la juridiction saisie afin qu'elle tranche le litige dans un sens qui leur est favorable. Les conclusions d'avocats ou les mémoires d'avocats aux Conseils sont adressés à l'interlocuteur juridictionnel saisi par le contentieux. En plus des moyens développés au soutien de la prétention, il est d'usage qu'ils contiennent une dernière partie qui commence avec les termes « *Par ces motifs* » et dans laquelle l'avocat ou l'avocat aux Conseils s'adresse explicitement à la juridiction, en énonçant le dispositif souhaité.

⁶³⁵ V. sur ce point les réactions doctrinales suscitées par l'intervention spontanée du Conseil Supérieur du Notariat, qui a adressé une note au Premier président de la Cour de cassation, dans le procès ayant donné lieu aux arrêts Mixte, 23 nov. 2004, n°01-13.592, n°02-11.352, n°02-17.507, n°03-13.673, *Bull. mixte*, n°4 : J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°1086, p. 894 : « *il peut apparaître encore plus choquant que des personnes physiques ou morales s'auto-désignent comme amici curiae, en prenant l'initiative d'adresser leurs observations à la juridiction (...). En tolérant ce genre de comportement intéressé, on accepte que les magistrats soient soumis au lobbying, comme le sont les politiques* ». V. égal. les constats et les propositions pour élargir le recours à l'*amicus curiae* afin de lutter contre ses défauts actuels : R. de Munagorri, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD Civ.*, 2005, p. 88 : « *Le meilleur service à rendre à la justice n'est-il pas de permettre aux intérêts en présence de se manifester sur le terrain juridique, y compris par des considérations qui ne relèvent pas seulement du droit ? Cela suppose, il est vrai, d'élargir la conception initiale de l'amicus curiae et d'admettre que des intérêts puissent s'y exprimer en tant que tels, et non pas seulement sous le masque de l'objectivité scientifique ou d'une prétendue autorité morale ou technique. L'évolution pourrait permettre de lever certaines ambiguïtés, en particulier lorsque des organismes publics, dont il est difficile de nier les intérêts institutionnels, sont invités à éclairer une juridiction* ».

⁶³⁶ C'est le phénomène de la dématérialisation des procédures engagé depuis une décennie en France. Les avocats se sont dotés depuis plusieurs années d'une plate-forme virtuelle sécurisée, le RPVA (réseau privé virtuel avocat) leur permettant de communiquer entre eux, qui est reliée au RPVJ (réseau privé virtuel de justice) sur lequel sont connectés les greffes des juridictions. À propos du phénomène de dématérialisation devant la Cour de cassation, v. J.-M. Sommer et M. Azoula, « La dématérialisation de l'organisation du travail et des procédures : l'exemple de la Cour de cassation », rapport, consultable sur le site de la Cour de cassation, www.courdecassation.fr.

S'il est possible d'en trouver des extraits dans les décisions des juridictions auxquelles ils sont destinés⁶³⁷, les discours opératifs d'ordre privé ne sont pas, dans leur intégralité, accessibles au public.

186. Propos conclusifs - La distinction entre *interprétation opérative* et *interprétation doctrinale* est très éclairante pour appréhender la grande variété des discours dogmatiques. Elle permet de comprendre qu'ils sont susceptibles d'être produits dans deux hypothèses : à l'occasion d'un litige porté devant une juridiction ou en dehors de tout contentieux. Maintenant que nous avons expliqué cette dichotomie, il faut s'appesantir sur son intérêt.

§2. L'intérêt de la distinction

187. Il existe deux types de discours dogmatiques : *doctrinal* ou *opératif*. Cette distinction présente un double intérêt pour notre étude. Elle permet une meilleure appréhension de l'objet des discours dogmatiques : la dogmatique doctrinale s'appuie sur une multitude d'objets, alors que la dogmatique opérative, à laquelle se rattache l'interprétation de l'avocat aux Conseils, vise un nombre limité d'objets (A). Cette dichotomie met également en évidence une polarisation des discours dogmatiques : le discours doctrinal s'apparente au discours scientifique alors que le discours opératif se rapproche du discours authentique (B).

A. Une meilleure appréhension des objets de la dogmatique

188. Propos liminaires sur les objets de l'activité dogmatique, opérations de qualification, d'interprétation et d'évaluation - S'interroger sur les objets du discours dogmatique revient à se demander ce qui est susceptible d'être appréhendé par son auteur.

Cette appréhension peut d'abord prendre la forme d'une opération de *qualification* lorsque l'objet appréhendé est un fait ou un acte⁶³⁸ qui, selon la volonté de son analyste, va être placé

⁶³⁷ Les moyens soulevés par les parties, par l'intermédiaire de leurs représentants sont parfois reproduits ou reformulés dans les décisions juridictionnelles, mais pas nécessairement devant les juridictions du fond (sur ce point, cf. *supra* n°3). En revanche, devant la Cour cassation, les moyens de cassation sont présents dans l'arrêt ou reproduits en annexe (cf. *supra* n°18).

⁶³⁸ Il faut entendre par fait, la circonstance factuelle pure, comme un accident par exemple, et par acte, un « acte de volonté destiné (dans la pensée de son ou de ses auteurs) à produire un effet de droit », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Acte juridique.

« sous le concept normatif qui en détermine la nature juridique »⁶³⁹. Autrement dit, l'auteur de la qualification va attribuer à une situation de fait ou à un acte une dénomination juridique. Bien sûr, cette attribution suppose des connaissances juridiques techniques, mais à l'instar de l'opération d'interprétation, elle est fonction de la volonté de son auteur⁶⁴⁰ en ce sens que c'est le résultat désiré qui oriente l'opération de qualification⁶⁴¹.

La dogmatique se livre également à une activité d'*interprétation* qui a pour objet un énoncé textuel (de nature constitutionnelle, législative, réglementaire), en vue de lui attribuer une signification. La dogmatique peut enfin s'adonner à une activité d'*évaluation*, indissociable de l'activité d'interprétation, lorsqu'elle se donne pour objet une norme applicable (résultat de l'interprétation dogmatique d'un énoncé textuel) ou encore, et comme nous allons le voir, une norme en vigueur (résultat de l'interprétation authentique d'un énoncé textuel, produit par la Cour de cassation) pour en apprécier le bien-fondé. Plus précisément, la norme applicable qui a pu être dégagée par un universitaire, une juridiction du fond, un avocat ou la norme en vigueur posée par la Cour de cassation, est appréciée positivement ou négativement par l'évaluateur en fonction de sa propre interprétation textuelle.

189. Au total, la dogmatique est *a priori* susceptible d'avoir pour objet un fait ou un acte qu'il s'agit de *qualifier*, un énoncé textuel qu'il s'agit d'*interpréter*, une norme applicable ou une norme en vigueur qu'il s'agit d'*évaluer*. En réalité, et c'est le premier intérêt de la distinction préalablement opérée entre *dogmatique opérative* et *dogmatique doctrinale*, il apparaît que lorsqu'il intervient dans un processus juridictionnel, le discours dogmatique repose nécessairement sur un nombre limité et déterminable d'objets (2), alors que lorsqu'il est produit en dehors du processus juridictionnel, il repose au contraire sur un plus grand nombre d'objets, susceptibles de varier en fonction du seul désir de son auteur (1).

⁶³⁹ V. A.-J. Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, *Qualification, rubrique rédigée par F. Rigaux, p. 498.

⁶⁴⁰ C'est le sens de la démonstration menée par F. Terré in *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Paris, LGDJ, 1957, spéc. p. 5-18 ; v. égal. du même auteur « Retour sur la qualification », *La procédure en tous ses états, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 419-432.

⁶⁴¹ V. sur ce point : O. Cayla, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n°18, 1993, p. 3 et s., spéc. pp. 8-9: l'idée d'une qualification qui s'inscrirait « dans le registre discursif de la neutre et plate description n'est qu'un mythe ». En réalité, l'opération de qualification n'est pas un « *imparable jugement de fait* » mais un « *fondamental jugement de valeur* » ; « Ph. Jestaz, « La qualification en droit civil », *Droits*, n°18, 1993, p. 45 et s. : l'auteur explique qu'en raison de la texture ouverte du langage juridique, l'opération de qualification comporte une part d'incertitude. Cf. égal. *supra* n° 137 sur la définition de la dogmatique proposée par M. Troper et signalée au début du chapitre, comme consistant à déterminer à partir d'un cas donné les règles juridiques applicables.

1. La variété et la variabilité des objets de la dogmatique doctrinale

190. L'absence de restriction relative à l'objet d'analyse - La dogmatique doctrinale est une activité qui ne connaît aucune restriction relative à l'objet analysé. Contrairement à l'activité scientifique, elle n'a pas à porter uniquement sur les normes en vigueur. Elle ne saurait pas non plus se résumer à la détermination ou à l'appréciation des normes applicables⁶⁴². Dans la mesure où elle n'est pas suscitée en vue de résoudre un litige porté devant les juridictions, elle peut dès lors porter sur l'ensemble des objets que nous venons de présenter, à savoir un fait, un acte, un énoncé textuel, une norme applicable ou une norme en vigueur.

191. Le fait ou l'acte à l'origine d'une activité doctrinale - Le fait ou l'acte peut déclencher une activité dogmatique en dehors de tout contentieux. Par exemple, lorsqu'un praticien est amené à rédiger un contrat, ou à ajouter à un contrat des clauses contractuelles, son activité porte sur un acte qu'il va élaborer, à l'appui de ses connaissances techniques et en fonction de la volonté de celui qui sollicite ses services.

De la même manière, un universitaire peut s'intéresser à des faits ou à des actes qui n'ont pas encore reçu l'estampille du droit, c'est-à-dire dont la qualification et la conformité au droit positif n'ont pas encore été admises et reconnues par la Cour de cassation. Bien que cette hypothèse ne se produise que très rarement, puisque c'est souvent seulement après la résolution d'un litige par la Cour de cassation, que l'universitaire découvre un nouveau fait ou un nouvel acte juridique, il peut arriver que l'interprétation doctrinale s'intéresse à ce type d'objet avant qu'il ait été visé par un énoncé législatif ou qu'il ait reçu une qualification authentique. Cela se produit notamment en matière contractuelle lorsque l'imagination des praticiens fait apparaître de nouveaux contrats ou de nouvelles clauses contractuelles encore inconnues des juridictions. Par exemple, avant que la Cour de cassation ne vienne préciser la définition et le régime de la clause de non-réaffiliation, certains membres de la doctrine se sont intéressés à cette création fréquemment utilisée dans le contrat de franchise. Celle-ci a été imaginée pour contourner le régime sévère applicable en matière de clause de non-

⁶⁴² Sur ce point, une confusion ressort des explications données par M. Troper, in « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amsselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 319 : l'auteur explique que l'interprétation scientifique s'oppose à l'interprétation dogmatique car « les propositions de la science du droit décrivent des normes en vigueur, la dogmatique des normes applicables ». Ainsi, on est tenté de penser que l'objet de la dogmatique est entièrement constitué de normes applicables, alors qu'en réalité il semble plutôt que l'auteur voie dans une norme applicable le résultat et non l'objet (au sens de support) du discours dogmatique, cf. *supra* n°157 et s.

concurrence et permettre au franchiseur d'interdire au franchisé de s'affilier à un réseau concurrent du sien sans avoir à verser une contrepartie financière. Antérieurement aux précisions apportées par la Haute juridiction⁶⁴³, plusieurs auteurs ont tenté de distinguer ou de rapprocher la clause de non-réaffiliation de la clause de non-concurrence et se sont également interrogés sur ses conditions de validité⁶⁴⁴.

192. L'énoncé textuel à l'origine d'une activité doctrinale - Il arrive également qu'un énoncé textuel (de nature constitutionnelle, législative, réglementaire, etc.) donne naissance à une activité dogmatique extérieure à un contentieux. La question du sens à donner à cet énoncé est entière puisque, selon la *TRI*, il ne contient pas un sens susceptible d'être déterminé par le seul biais de la connaissance.

C'est par exemple le cas lorsque le service de documentation et d'études de la Cour de cassation, anticipant les difficultés d'interprétation liées à l'entrée en vigueur d'un texte de loi, se livre avant qu'un contentieux n'intervienne à des interprétations de ce texte⁶⁴⁵, interprétations qui n'engagent en principe ni les juges du fond, ni la Haute juridiction. C'est également le cas lorsqu'un universitaire se prononce sur une législation nouvelle, avant que celle-ci n'ait été interprétée par la Cour de cassation, voire même avant qu'elle ne soit entrée en vigueur. La réforme du Code civil, défendue par le gouvernement, en fournit une bonne illustration. À côté des discussions doctrinales, parfois virulentes⁶⁴⁶, relatives au mode d'élaboration gouvernementale de la réforme finalement déclaré conforme à la Constitution⁶⁴⁷, de nombreux universitaires s'intéressent actuellement à son contenu en se

⁶⁴³ Com., 28 sept. 2010, n° 09-13.888, *Bull. civ. IV*, n° 145 : « Attendu que la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau ». V. égal. Com., 17 janv. 2006, n° 03-12.382, *Bull. civ. IV*, n° 39, comp. avec Com., 3 avril 2012, n° 11-16.301.

⁶⁴⁴ É. Seutet, « Les clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-affiliation », *D. Affaires*, 1999, p. 1157. J. Raynard, « La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution. », *Cah. dr. entr.*, 2005, p. 33.

⁶⁴⁵ V. par ex. les indications du SDE relatives à la loi n° 2005-845 du 26 juil. 2005 *de sauvegarde des entreprises* et au décret d'application n° 2005-1677 du 28 déc. 2005, disponibles sur le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/chambre_commerciale_financiere_economique_574/loi_sauvegarde_entreprises_8802.html.

⁶⁴⁶ V. par ex. l'entretien accordé par O. Tournafond à la presse généraliste, « Taubira veut déconstruire le Code Napoléon », *JDD*, 28 oct. 2014, accessible en ligne, dont voici quelques extraits : « *Ce qui me choque d'abord c'est la méthode du ministre de la Justice. Elle entend, ni plus ni moins, changer par ordonnance, autrement dit par un décret-loi, le prestigieux Code Napoléon ou code civil que l'on a qualifié de Constitution civile de la France. On touche à un totem de notre droit* », Mme Taubira « *se veut le grand législateur des temps post-modernes ! Après le mariage pour tous, elle veut assassiner le code civil au nom de l'égalité pour tous* ».

⁶⁴⁷ V. la décision Cons. const. n° 2015-710DC du 12 févr. 2015, *Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, JORF du 17 févr. 2015, p. 2969.

livrant à des exercices d'interprétation du projet dans son ensemble⁶⁴⁸ ou sur l'un de ses aspects uniquement⁶⁴⁹.

193. La norme applicable à l'origine d'une activité doctrinale - Une norme applicable, c'est-à-dire la signification recommandée d'un énoncé textuel à la suite d'une interprétation dogmatique peut également faire l'objet de discours doctrinaux qui ne participent pas à la résolution judiciaire d'un litige. Par exemple, les membres de la doctrine académique peuvent analyser une norme applicable (posée par des juges du fond, défendue par des avocats ou encore recommandée par un autre universitaire) afin d'en évaluer le bien-fondé selon leurs propres préférences subjectives. C'est le cas lorsqu'un universitaire se livre au commentaire d'une décision rendue par les juges du fond en prédisant comment elle sera accueillie par la Cour de cassation⁶⁵⁰ ou encore lorsqu'il critique une norme applicable proposée par un autre membre de la doctrine⁶⁵¹. Il s'agit bien de discours ayant pour objet une autre norme applicable, même s'ils s'accompagnent souvent d'interprétations propres à leurs auteurs en vue de prescrire des normes applicables concurrentes.

194. La norme en vigueur à l'origine d'une activité doctrinale - C'est la plus large part de l'activité doctrinale qui intervient alors en réaction aux arrêts de la Haute juridiction⁶⁵². Très fréquemment, la doctrine, surtout universitaire, commente les normes en vigueur dégagées par la Cour de cassation, en évaluant leur bien-fondé.

⁶⁴⁸ Le projet de réforme, dont la dernière version est accessible sur le site du ministère de la justice (http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf) est actuellement présenté et interprété dans des ouvrages (v. par ex. N. Dissaux et C. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: rendu public le 25 février 2015*, Paris, France, Dalloz, 2015) de nombreux colloques (v. par ex. : *La réforme du droit des contrats*, Université Panthéon-Assas, 3 avril 2015) et sur des blogs d'universitaires (v. par ex. : « Droit d'inventaire : en route vers la réforme du droit des contrats et des obligations ! », www.daniel-mainguy.fr).

⁶⁴⁹ V. par ex. sur la résolution unilatérale du contrat (que le projet intègre à l'art. 1126 du C. civ.) : P. Grosser, « La résolution unilatérale du contrat: conditions et régime », *AJCA*, 2014, p. 72 et s.

⁶⁵⁰ V. en ce sens les commentaires des décisions d'appel accessibles sur la base de données du site Dalloz. V. par ex. à propos de l'affaire « Our Body » : le commentaire de F. Rome, sous l'ordonnance prise le président du TGI de Paris, du 21 avril 2009, in *D.* 2009, p. 1129 dont voici un extrait : « Si la finalité scientifique d'une telle exposition était finalement avérée, que les doutes sur l'origine des corps exposés étaient levés et que son accès fût libre, l'atteinte au respect dû au cadavre devrait-elle s'incliner devant la liberté d'expression et le droit de savoir ? » ; le commentaire de B. Edelman sous CA Paris, 30 avril 2009, n°09/09315, in *D.* 2009, p. 2019, dont voici un extrait : « le cadavre, depuis un arrêt surprenant de la cour de Paris du 30 avril 2009, est rentré dans les rangs ; il n'a plus rien de sacré ni d'invincible ; il est devenu une valeur commerciale comme une autre - avec quelques légers aménagements - et l'ultime tabou s'est brisé. Dorénavant, la mort n'échappe plus au marché ».

⁶⁵¹ V. par ex. les critiques adressées aux partisans d'une lecture solidariste du contrat et notamment de la norme applicable selon laquelle l'acheteur doit être tenu d'une obligation d'information relative au bien qu'il s'apprête à acheter dès lors que cette information est essentielle au consentement éclairé du vendeur sur le fondement des art. 1116 et 1134 al. 3 du C. civ., *supra* n°144 et s.

⁶⁵² Sur le caractère généralement rétrospectif de la dogmatique doctrinale contrairement au caractère opératif de la dogmatique opérative cf. *infra* n°256.

C'est l'hypothèse d'un professeur de droit qui recommande une norme applicable en prenant comme point de départ un arrêt de la Cour de cassation. Les auteurs concernés, qui cessent de décrire les interprétations de la Cour de cassation, en proposent une appréciation. Ils saluent ou contestent ces interprétations sur la base d'évaluations et en fonction de leurs préférences subjectives. Cette attitude a déjà été illustrée lorsque nous avons décrit comment les partisans d'une analyse solidariste ont commenté les décisions de la Cour de cassation tendant à refuser de sanctionner le silence de l'acheteur à la formation du contrat de vente⁶⁵³. Les auteurs prennent pour objet d'étude une norme en vigueur qu'ils critiquent conformément à leur vision des relations contractuelles et proposent alors une signification concurrente et alternative à celle retenue par la Haute juridiction.

195. La variabilité des objets de l'activité doctrinale en fonction de la volonté de ses auteurs - En somme, les discours dogmatiques produits en dehors d'un processus juridictionnel peuvent porter sur un fait, un acte, un texte, une norme applicable ou une norme en vigueur sans qu'il ne soit possible de savoir précisément ce qui pousse leurs auteurs à porter leur attention sur l'un ou l'autre de ces objets d'analyse. Pour le dire autrement, les objets des discours doctrinaux varient en fonction de la seule volonté de leurs auteurs. Par exemple, l'universitaire est libre de s'intéresser à une loi, un arrêt des juges du fond, à une proposition doctrinale ou un arrêt de la Cour de cassation sans avoir à se justifier sur les raisons de son choix. C'est là une différence majeure avec ceux dont le discours relève de la dogmatique opérative.

2. La variabilité limitée des objets de la dogmatique opérative

196. Une chaîne chronologique de discours - Le discours opératif, pour reprendre la définition de Luigi Ferrajoli émane des juristes *acteurs*, c'est-à-dire des juristes qui participent au règlement d'un litige⁶⁵⁴. Sont alors concernés, les discours des justiciables, des avocats à la Cour, des juridictions du fond, des avocats aux Conseils ainsi que ceux émis par tous les autres acteurs qui interviennent dans un procès à l'exception des magistrats de la Cour de cassation. Ainsi, la dogmatique opérative suit le cours d'un litige, son développement dépend de la progression judiciaire de l'affaire. Après qu'un fait ou qu'un acte soit à l'origine d'un

⁶⁵³ Cf. *supra* n°144 et 159.

⁶⁵⁴ Par opposition à l'interprétation doctrinale des juristes *spectateurs* : v. L. Ferrajoli, « Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 302, trad. par nos soins.

litige porté devant les juridictions de première instance, c'est l'évolution de la procédure qui provoque et oriente les différents discours opératifs. Aussi est-il opportun d'envisager les objets de ces discours de manière chronologique afin de dégager des constantes permettant d'opposer la dogmatique opérative à la dogmatique doctrinale⁶⁵⁵.

197. La variation de l'objet de la dogmatique opérative en fonction de l'évolution de la procédure - Devant les juridictions de première instance, l'objet analysé par l'avocat à la Cour, ou plus rarement par le justiciable (lorsque celui n'est ni obligé, ni désireux d'être représenté) est le fait ou l'acte à l'origine du litige⁶⁵⁶. Celui-ci va être qualifié juridiquement et être à l'origine d'une demande fondée sur un énoncé législatif⁶⁵⁷ qu'il s'agira de contester pour la partie adverse. La juridiction alors saisie aura les mêmes objets d'analyse, elle sera compétente pour contrôler la qualification et examiner la demande en justice. Elle pourra opter pour l'interprétation législative recommandée par la partie demanderesse ou pour celle prônée par la partie défenderesse ou pour une interprétation qui lui est propre⁶⁵⁸. En toutes hypothèses, elle sera à son tour à l'origine d'une norme applicable comprise dans le jugement de première instance.

Devant les juridictions d'appel, le support des discours produits par les justiciables ou leurs représentants ainsi que par les juridictions d'appel est la norme applicable choisie par la juridiction de première instance. Pour les avocats à la Cour, il s'agit généralement en effet de contester ou de conforter tout ou partie du jugement de première instance sur la base des mêmes moyens que ceux présentés en première instance, ou sur la base de nouveaux moyens de fait ou de droit. La cour d'appel est alors chargée d'évaluer les argumentations respectives des parties à l'aune du jugement qu'elle peut confirmer ou infirmer en optant, à propos de la question en cause, pour la même interprétation que les premiers juges (arrêt confirmatif) ou en retenant une interprétation législative concurrente (arrêt infirmatif).

⁶⁵⁵ Afin de faciliter la compréhension des différentes étapes de la procédure, on optera pour une présentation schématique et probablement incomplète des étapes procédurales et on ne traitera que des discours ultra-juridictionnels (jugements et arrêts) et des écritures des avocats ou des avocats aux Conseils.

⁶⁵⁶ Le fait ou l'acte générateur du litige et la demande subséquente varient en fonction de l'espèce considérée et échappe en conséquence à toute tentative de systématisation. Il peut s'agir d'un désaccord à propos d'un contrat de mariage, de travail ou de distribution, à propos d'un droit de propriété, d'un accident, se traduisant par une demande de réparation en nature ou par équivalent etc.

⁶⁵⁷ Les énoncés législatifs ici employés par les juristes sont entrés en vigueur. La dogmatique opérative ne porte pas d'intérêt au processus d'entrée en vigueur des législations, contrairement à la dogmatique doctrinale, cf. *supra* n°192.

⁶⁵⁸ Sur les techniques permettant au juge d'apporter au litige une réponse qui n'a pas été proposée par les parties : cf. *infra* n°350 et s.

Lorsqu'un litige chemine jusqu'à la Cour de cassation par le biais d'un pourvoi, l'objet des discours devient l'arrêt des juges du fond tel qu'il est contesté par le recours⁶⁵⁹. Le demandeur au pourvoi se base sur la décision des juges du fond pour la contester en proposant une interprétation législative concurrente⁶⁶⁰. Le défendeur va *a contrario* en démontrer le bien-fondé. Quant à la Cour de cassation, elle examine la norme applicable dégagée par les juges du fond, qu'elle peut confirmer (arrêt de rejet) ou écarter (arrêt de cassation). En toutes hypothèses, elle sera à l'origine d'une norme en vigueur, c'est-à-dire d'une interprétation authentique des énoncés législatifs en cause dans le litige, qui ne pourra pas être remise en cause⁶⁶¹.

Ainsi, l'objet de la dogmatique opérative évolue en fonction des différentes étapes procédurales. Si c'est la volonté des parties d'agir en justice, d'interjeter appel ou de former un pourvoi en cassation qui déclenche et entretient cette chaîne discursive, l'objet des discours opératifs ne dépend pas du bon vouloir de ses auteurs. Il est déterminé par des contraintes procédurales. Les ignorer, c'est prendre le risque de manquer son but (rejet de la prétention, infirmation du jugement, cassation de l'arrêt etc). À la différence des juristes « *spectateurs* », les juristes « *acteurs* »⁶⁶² ne choisissent pas leurs objets d'analyse.

198. Un objet exclu dans la dogmatique opérative : les décisions de la Cour de cassation - Les développements préalables livrent un autre enseignement tenant à la spécificité du discours opératif. Il ne peut pas porter sur une norme en vigueur, c'est-à-dire sur une interprétation législative de la Cour de cassation. La norme en vigueur est le produit de cette chaîne discursive, elle n'en est pas le support. C'est à partir de la procédure antérieure que chacun des acteurs du procès va élaborer son propre discours. Les avocats critiqueront les écritures de la partie adverse, le jugement de première instance, l'arrêt d'appel. La juridiction de première instance examinera le fait et la demande, la cour d'appel le jugement critiqué et la Cour de cassation l'arrêt relayé par le pourvoi. C'est là un point de rupture important avec la dogmatique doctrinale qui peut tout à fait et comme nous l'avons démontré, reposer sur une norme en vigueur puisque, par définition, elle n'a pas vocation à intervenir dans un litige⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Sur l'effet dévolutif du pourvoi et sa maîtrise par l'avocat aux Conseils du demandeur, cf. *infra* n°290 et s.

⁶⁶⁰ Sur ce point, cf. *infra* n°300 et s.

⁶⁶¹ Soit l'arrêt est de rejet et alors son interprétation de la loi ne peut plus être discutée par un discours opératif intervenant à propos du même litige. Soit l'arrêt est de cassation mais dans ce cas, l'affaire renvoyée ne sera *a priori* pas rejugée en droit. Si elle l'est, c'est un arrêt d'Assemblée plénière qui met un terme définitif au litige, en contraignant, en cas de nouveau renvoi, les juges du fond à se plier à l'interprétation retenue par la formation solennelle. Sur ce point cf. *supra* n°67 et *infra* n°288.

⁶⁶² L. Ferrajoli, « Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa », art. préc., p. 302.

⁶⁶³ cf. *supra* n°194.

199. Propos conclusifs - Les discours dogmatiques présentent ainsi des caractéristiques propres selon le contexte dans lequel ils sont produits. Alors que celui qui participe à une activité dogmatique doctrinale peut faire porter son discours sur l'objet de son choix, l'auteur d'un discours dogmatique opératif est soumis à un ensemble de contraintes procédurales qui le conduisent à concentrer son attention sur des objets prédéterminés par l'évolution du contentieux. Si l'on s'emploie maintenant à comparer de nouveau les discours dogmatiques aux discours authentiques et scientifiques, des liens, qui auraient été insoupçonnables sans prendre en compte leurs contextes de production, apparaissent.

B. La mise en évidence d'une polarisation des discours dogmatiques

200. Il a déjà été démontré une certaine unité des discours dogmatiques notamment dans leurs mises en perspectives avec les discours authentiques et scientifiques⁶⁶⁴. Toutefois, la confrontation ne s'arrête pas ici et s'enrichit dès lors que la dualité de l'activité dogmatique est prise en considération. Elle permet en effet de percevoir une polarisation des discours dogmatiques. S'éloignant l'un de l'autre, les discours opératifs et doctrinaux se rapprochent respectivement des discours authentiques et scientifiques. En d'autres termes, plusieurs similitudes apparaissent entre, d'une part, les activités scientifiques et doctrinales (1) et d'autre part, les activités opératives et authentiques (2).

1. Le rapprochement entre le discours doctrinal et le discours scientifique

201. Les points de contact entre discours dogmatiques et scientifiques - Si le discours doctrinal s'oppose au discours scientifique car il poursuit une fonction prescriptive, des similarités les unissent. Elles tiennent d'abord à l'objet et ensuite à la qualité des auteurs de ces discours.

202. La possibilité d'une identité d'objet : les décisions de la Cour de cassation - Les interprétations scientifiques et doctrinales peuvent avoir le même objet, ce qui n'est pas le cas des interprétations scientifiques et opératives. Cet objet est la norme en vigueur. Il convient de rappeler sa définition selon la *TRI*, théorie sur laquelle se fonde cette étude. Si les

⁶⁶⁴ Cf. *supra* n°140 et s. : tous les discours dogmatiques ont, à l'instar des interprétations authentiques et contrairement aux interprétations scientifiques, une fonction prescriptive et sont les seuls à produire une norme applicable.

positivistes s'accordent sur le fait que le droit est constitué des règles positives posées par les autorités, les normativistes et les réalistes sont en désaccord sur la définition du droit. Contrairement aux partisans d'une théorie normativiste, Michel Troper définit la norme en vigueur comme une interprétation authentique relevant de la seule volonté de son auteur, c'est-à-dire, pour ce qui nous intéresse, de la Cour de cassation⁶⁶⁵. En conséquence et de ce point de vue, la décision de la Cour de cassation est le seul objet d'intérêt admissible pour tout discours à prétention scientifique alors qu'elle constitue seulement, pour le discours doctrinal, un objet d'étude parmi d'autres⁶⁶⁶. Autrement dit, les décisions de la Cour de cassation peuvent faire l'objet de propositions scientifiques mais également d'interprétations doctrinales. Dans le premier cas, il s'agit de décrire les significations choisies par la Cour de cassation sans en apprécier la pertinence, et dans le second, il s'agit au contraire d'évaluer ces significations pour les saluer ou les contester. En toutes hypothèses, lorsqu'ils partagent le même objet, les discours doctrinaux et scientifiques présentent un même caractère rétrospectif dans la mesure où ils interviennent après l'apparition des normes en vigueur⁶⁶⁷.

La possibilité d'une identité relative à l'objet étudié témoigne ainsi d'un lien entre les activités scientifiques et doctrinales qui rejaillit d'ailleurs à propos de leurs auteurs.

203. La possibilité d'une identité d'auteurs - Les discours scientifiques et doctrinaux sont souvent produits par les mêmes auteurs. Ceci provient de la circonstance, déjà abordée, selon laquelle il est très rare de rencontrer dans la littérature juridique, un discours purement scientifique. Son intérêt est d'ailleurs mince puisque sauf à relever de la théorie du droit, il consiste en une retranscription fidèle, ou au mieux à une systématisation des décisions de la Cour de cassation, ôtant ainsi toute influence normative à son auteur. Un même discours peut donc contenir propositions scientifiques et prescriptions doctrinales et émaner d'un seul et même auteur. En d'autres termes, et parce que les membres de la doctrine prétendent à une certaine scientificité (prétention absente chez les interprètes opératifs), il existe une possibilité d'identité d'auteurs dans les discours scientifiques et doctrinaux qui tendent même à se confondre. C'est ce que Jacques Chevallier explique. Même si en théorie, les deux discours poursuivent des finalités distinctes (influencer la production du droit ou analyser le phénomène juridique), l'auteur retient que « *la nature propre du phénomène juridique*

⁶⁶⁵ Sur la définition normativiste du droit, cf. *supra* n°32. V. égal. A. Viala, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010, p. 141, n°71 : Kelsen idéalise le droit en posant que « *la norme ne saurait se confondre avec l'acte de volonté qui a contribué à la produire et qui est un fait dont elle n'est que la signification* ».

⁶⁶⁶ cf. *supra* n°190 et s. : les objets du discours doctrinal sont le fait ou l'acte juridique, l'énoncé textuel, la norme applicable ou la norme en vigueur.

⁶⁶⁷ Sur ce point, cf. *infra* n°256.

*implique en effet que, dans son étude, les dimensions doctrinale et scientifique soient indissociables »*⁶⁶⁸.

La plupart du temps produit par les mêmes auteurs, le discours doctrinal est par ailleurs susceptible de porter sur le même objet que le discours scientifique, à savoir une norme en vigueur. A l'inverse, les discours opératifs et les discours authentiques se singularisent en ce qu'ils n'ont jamais pour objet une norme en vigueur.

2. Le rapprochement entre le discours opératif et le discours authentique

204. Les discours opératifs et authentiques sont produits dans le même contexte : le contexte juridictionnel. Cette circonstance entraîne plusieurs conséquences : une conséquence relative à la délimitation de l'objet interprété (a) et une conséquence relative au lien de causalité qui unit les deux types d'interprétation (b).

a. L'objet interprété : une restriction commune

205. Les normes en vigueur, objet exclu des discours opératifs et authentiques - Les discours opératifs sont ceux qui sont produits en vue de résoudre un litige porté devant les juridictions. Comme nous l'avons expliqué, leurs objets sont circonscrits. Ils portent soit sur un fait ou un acte juridique en première instance, soit sur le jugement de première instance en appel. De même, en cas de pourvoi en cassation, l'objet de l'interprétation est l'arrêt de la cour d'appel. Ainsi, les discours opératifs s'appuient, selon le niveau d'avancement de l'instance, tantôt sur un acte ou un fait, tantôt sur une norme applicable. Jamais en revanche ils n'ont pour objet une norme en vigueur. Ils relèvent tous d'une activité de « *prédiction* » en ce sens que chacun des interprètes concernés habille les dispositions législatives au cœur du litige de ses propres interprétations. En d'autres termes, les avocats et les magistrats qui interviennent antérieurement à la Cour de cassation disent avant elle le sens à donner aux dispositions discutées à l'occasion du litige. De cette façon, ils contribuent à l'élaboration de la norme en vigueur, et non à son évaluation puisque par définition elle n'existe pas encore.

Si l'on s'intéresse maintenant aux discours authentiques, c'est-à-dire aux décisions de la Cour de cassation, il faut constater qu'ils portent toujours sur un seul et même objet, à savoir une décision rendue en premier et dernier ressort par les juges du fond.

⁶⁶⁸ J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n°50, 2002, p. 103-120, spéc. p. 120.

La Haute juridiction peut rejeter le pourvoi et confirmer ainsi la décision des juges du fond ou casser et annuler la décision relayée par le recours. Le support de l'interprétation rendue par la Cour suprême est donc la norme applicable recommandée par la cour d'appel.

En conséquence, et à l'instar des discours opératifs, les discours authentiques ne portent jamais sur une norme en vigueur. En d'autres termes, si l'objet de l'activité opérative n'est pas forcément identique à celui des discours authentiques, il subit la même restriction c'est-à-dire qu'il n'est jamais constitué d'une norme en vigueur. Ce point commun est également un élément distinctif par rapport aux discours doctrinaux et scientifiques, lesquels, respectivement, peuvent ou doivent porter sur la norme en vigueur⁶⁶⁹.

b. Un lien de causalité entre les discours opératifs et authentiques

206. Un lien contextuel, chronologique et systématique - Lorsque ce litige se solde par une décision de la Cour de cassation, il existe un lien chronologique évident entre les discours opératifs dogmatiques et le discours authentique, en ce sens que les discours du premier type auront précédé le discours du second type. La décision de la Cour de cassation clôture la chaîne des discours opératifs intervenus en amont, à savoir celle des interprétations législatives défendues par les parties ou leurs représentants et des interprétations retenues par les juges du fond.

207. Une « chaîne » d'interprétations - Ces interprétations en cascade ne sont pas sans rappeler la figure du « roman à la chaîne », proposée par Dworkin, en vue de présenter le droit comme un roman écrit à plusieurs mains par les juges : « *un groupe de romanciers écrit un roman chacun à son tour : chaque romancier de la chaîne interprète les chapitres qu'il a reçus pour écrire un nouveau chapitre, qui vient alors s'ajouter à ce que reçoit le romancier suivant, et ainsi de suite* »⁶⁷⁰. Certes, l'auteur ne s'intéresse qu'aux liens qui unissent les interprétations authentiques entre elles et prête à la figure judiciaire des facultés auxquelles nous ne souscrivons pas, mais sa métaphore éclaire le processus discursif à l'œuvre dans un litige. L'ensemble des interprétations émises en amont par les justiciables, leurs représentants et les juges du fond, participe à l'interprétation de la Cour de cassation, c'est-à-dire à l'interprétation authentique. Tous ces discours se produisent en effet dans un même contexte, le contexte juridictionnel et à propos d'un même litige. Ils sont chronologiquement et

⁶⁶⁹ Cf. *supra* n°202.

⁶⁷⁰ R. Dworkin, *L'empire du droit*, (éd. originale parue en 1986), trad. E. Soubrenie, Paris, France, PUF, 1994, pp. 251-252.

systématiquement liés. Pour schématiser, une décision de la Cour de cassation rendue en matière civile est en principe précédée de l'apparition d'un cas litigieux à partir duquel, et tour à tour, des avocats, un tribunal de grande instance, ces mêmes avocats, une cour d'appel, des avocats aux Conseils auront produit une interprétation.

Il peut arriver que la chaîne soit raccourcie, lorsqu'un jugement est rendu en premier et dernier ressort et que seul un recours extraordinaire est envisageable. C'est également le cas lorsque le ministère public près la Cour de cassation décide de former un pourvoi dans l'intérêt de la loi, les parties et leurs représentants n'étant pas attirés à la procédure⁶⁷¹.

Il peut également arriver que la chaîne soit allongée, lorsque, suite à une première cassation, la cour d'appel de renvoi refuse de se plier à la décision de la Haute juridiction, entraînant alors un second pourvoi et l'intervention de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation.

Cela dit, en toutes hypothèses, tout arrêt de la Cour de cassation est systématiquement précédé d'interprétations opératives. Supposons un jugement de première instance contre lequel un pourvoi dans l'intérêt de la loi est exercé. L'arrêt de la Cour de cassation fera suite à la survenance d'un cas litigieux qui aura mobilisé un discours opératif des parties au litige ou de leurs représentants et un jugement de première instance, également opératif. En somme, deux interprétations opératives auront été *a minima* fournies avant l'interprétation authentique. Il existe donc un lien de chronologie et de systématisme entre ces deux types de discours.

208. Propos conclusifs - En définitive, la mise en lumière de la dualité des discours dogmatiques constitue une étape essentielle de cette étude. Elle permet non seulement de spécifier ce que représente l'interprétation opérative par rapport à l'interprétation doctrinale, mais également de mettre en évidence les liens qu'entretiennent ces deux catégories de discours dogmatiques avec les discours scientifiques et authentiques.

*
* *

⁶⁷¹ Cf. *supra* n°10.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

209. L'interprétation de l'avocat, une interprétation dogmatique - Volitionnel, le discours de l'avocat aux Conseils est également dogmatique. Les discours dogmatiques partagent des qualités qui assurent leur unité face à des discours voisins, à savoir les discours scientifiques et authentiques. Comme tout discours dogmatique, il poursuit une fonction prescriptive, c'est-à-dire qu'il contient des évaluations en vue de recommander à son destinataire le choix d'une interprétation législative sur une autre, choix qui répond aux intérêts de son client. Il prend alors ses distances avec le discours scientifique dont la fonction se limite à la description des normes en vigueur, c'est-à-dire des interprétations de la Cour de cassation. L'unité de la dogmatique provient également de la spécificité de ses résultats. L'activité interprétative peut produire deux types de résultat. Soit l'interprétation est authentique en ce sens qu'elle est incontestable et que ses effets juridiques sont reconnus par le système juridique, elle est ainsi source de normes en vigueur, c'est le cas des interprétations de la Cour de cassation. Soit l'interprétation ne bénéficie pas de cette authenticité, c'est le cas des discours dogmatiques et ceux-ci ne produisent en conséquence que des normes applicables, c'est-à-dire des interprétations que la Cour de cassation pourra toujours choisir de rejeter ou d'adopter.

210. L'interprétation de l'avocat, une interprétation dogmatique opérative - La spécificité de la fonction et du résultat de l'activité dogmatique ne saurait pour autant dissimuler la grande variété des discours que cette catégorie renferme. Afin de mieux spécifier ce que représente le discours de l'avocat aux Conseils, il était nécessaire de proposer une typologie des discours dogmatiques. Cette entreprise a été facilitée par la distinction proposée par Luigi Ferrajoli qui invite à s'intéresser au contexte discursif. Soit le discours a été produit dans le cadre d'un litige porté devant les juridictions : c'est le *discours opératif* ; soit il n'a pas été produit à l'occasion d'un litige et en vue de le résoudre : c'est le *discours doctrinal*. Cette dichotomie trouve à s'appliquer au sein des discours dogmatiques et présente un double intérêt. Le premier repose sur une meilleure appréhension des objets interprétés dans ces deux types de discours. L'auteur d'interprétations opératives (avocat à la Cour, juridictions inférieures, avocat aux Conseils) n'interprète qu'un objet bien délimité, que ce soit le fait ou l'acte à l'origine de la demande, ou la décision qui fait l'objet d'un recours. À l'inverse, les objets de l'interprétation doctrinale sont multiples et variés.

Il peut s'agir d'une norme en vigueur, d'un autre discours doctrinal, d'un énoncé textuel, etc. Le second intérêt de cette dichotomie est qu'elle met en lumière une polarisation des discours dogmatiques. S'éloignant l'un de l'autre, les discours doctrinaux et opératifs se rapprochent simultanément d'autres catégories de discours. D'un côté, les discours doctrinaux se rapprochent des discours scientifiques car ils peuvent s'appuyer sur le même objet, une norme en vigueur et sont souvent produits par les mêmes auteurs. D'un autre côté, les discours opératifs et authentiques partagent une même restriction quant à l'objet interprété : il ne peut jamais s'agir d'une norme en vigueur puisqu'ils interviennent au sein d'un processus juridictionnel. La norme en vigueur n'est pas l'objet des discours opératifs puisqu'elle en sera, en cas d'intervention de la Cour de cassation, le résultat.

211. Au sein du processus juridictionnel, intervient donc une série de discours dogmatiques opératifs. Parmi eux, se trouve celui de l'avocat aux Conseils dont on sait désormais qu'il a pour objet la décision des juges du fond, qu'il est prescriptif et qu'il produit une norme applicable. Par ailleurs, d'un point de vue chronologique, il intervient à l'issue du processus juridictionnel, juste avant l'interprétation authentique. Cette position privilégiée en fait un discours opératif singulier comme nous allons le démontrer.

CHAPITRE 2 : UN DISCOURS OPÉRATIF SINGULIER

212. Les réflexions préalablement engagées ont permis de décrire plus précisément la nature du discours de l'avocat aux Conseils. Il est dogmatique en ce sens qu'il tend à prescrire le choix d'une solution plutôt qu'une autre à l'interprète authentique qui reste *in fine* seul maître de la solution à apporter à un litige. Il est également, par opposition au discours doctrinal, opératif en ce sens qu'il est présenté dans le cadre d'un litige en vue de le résoudre. Il reste toutefois à démontrer qu'il ne s'agit pas d'un discours opératif comme un autre. Sa spécificité tient à sa position dans la chaîne des discours produits à l'occasion d'un litige. Il intervient juste avant l'interprétation authentique. La Cour de cassation est en effet l'interlocuteur immédiat de l'avocat aux Conseils.

De ce point de vue, il apparaît intéressant de présenter et de mettre en lumière les liens qui unissent ces deux acteurs juridiques. Pour ce faire, on expliquera d'abord comment la Cour de cassation, seule habilitée à produire des normes en vigueur, soumet le discours de l'avocat aux Conseils à une série de contraintes qui lui sont propres (**Section 1**). On démontrera ensuite que, si ce discours est l'objet de contraintes particulières produites par la Cour de cassation, il est réciproquement, par sa position dans la chaîne des discours opératifs, à l'origine d'une action spécifique sur la liberté de la Cour de cassation (**Section 2**).

Section 1. Un discours soumis à des contraintes spécifiques

213. Les discours dogmatiques sont, suivant notre démonstration, de deux types : doctrinaux ou opératifs. Ces derniers se distinguent des discours doctrinaux car ils servent à la résolution d'un litige. Si nous avons déjà traité de la variété des discours opératifs, en opérant une distinction entre ceux d'ordre extra-juridictionnel (produits principalement par les justiciables et leurs représentants) et ceux d'ordre juridictionnel (produits par les juridictions inférieures, les magistrats du siège ou du parquet, etc.), il faut encore mettre en valeur l'unicité du discours de l'avocat aux Conseils. Si ce discours constitue une interprétation opérative, il s'agit d'une interprétation opérative singulière, qui présente de nombreuses particularités par rapport aux autres interprétations opératives et notamment par rapport à celles émises par les avocats à la Cour ou les juridictions du fond.

Les prochains développements seront donc consacrés à l'identification des manifestations de cette singularité. Ces spécificités trouvent leurs origines dans la qualité de l'auteur et du

destinataire du discours étudié. Mandataire, l'avocat aux Conseils représente les intérêts d'un justiciable devant la Cour de cassation. Il exerce ainsi son pouvoir dans le cadre d'un réseau de contraintes juridiques⁶⁷², c'est-à-dire de situations de fait, produites par le système juridique, qui restreignent ses possibilités d'actions par rapport à l'objet (§1) et au contenu de son discours (§2).

§1. Les contraintes relatives à l'objet du discours

214. L'avocat aux Conseils ne peut pas faire reposer son discours sur n'importe quel objet. Désireux de voir son discours influencer celui de la Haute juridiction, il doit toujours s'appuyer sur la décision qui fait l'objet d'un pourvoi. La Cour de cassation est à l'origine de cette stricte délimitation (A) qui ne concerne que le discours étudié (B).

A. Un objet circonscrit par la Cour de cassation

215. L'objet : le dispositif d'une décision rendue en premier et dernier ressort - Le discours de l'avocat aux Conseils est toujours basé sur le même objet. Cet objet est la décision contestée devant la Cour de cassation c'est-à-dire une norme applicable choisie par les juges du fond. Dans la grande majorité des cas, un pourvoi ordinaire est formé et l'objet interprété est constitué du dispositif d'une décision rendue en dernier ressort⁶⁷³. Plus exceptionnellement, il peut arriver que l'avocat aux Conseils soit amené à interpréter un autre objet dans le cas d'un pourvoi pour excès de pouvoir⁶⁷⁴. En toutes hypothèses, l'avocat aux Conseils est tenu d'interpréter un objet strictement délimité par la Cour de cassation.

216. La délimitation de l'objet, une contrainte juridique - Cette exigence constitue une contrainte à laquelle le professionnel ne saurait échapper sans risquer de manquer son but, à savoir la défense des intérêts de son client. Selon la *Théorie des contraintes juridiques*, une contrainte juridique est en effet « *une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une autre ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel*

⁶⁷² Pour une présentation de la *Théorie des contraintes juridiques*, cf. *supra* n°76 et s.

⁶⁷³ Cf. *supra* n° 106, v. égal. art. 609 CPC : « Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre de jugements rendus en dernier ressort ».

⁶⁷⁴ cf. *supra* n°10.

il opère »⁶⁷⁵. L'avocat est en effet contraint de respecter cette exigence afin d'échapper à la sanction d'irrecevabilité ou de non admission de son pourvoi⁶⁷⁶. Critiquer d'autres éléments qu'une disposition de l'arrêt des juges du fond, c'est prendre le risque d'échouer, ce qui du point de vue d'un *homo juridicus*, n'est pas une option envisageable. D'ailleurs, à chaque fois que l'avocat a décidé de fonder ses moyens sur un autre objet, la Cour de cassation est venue le rappeler à l'ordre.

217. La sanction par la Cour de cassation de la violation de la délimitation - Il peut arriver que la critique du professionnel ne se fonde pas, comme cela est exigé, sur le dispositif de la décision du fond mais seulement sur les motifs de celles-ci, la sanction d'irrecevabilité est alors encourue⁶⁷⁷. Il arrive même que l'interprétation repose sur un élément extérieur à la décision contestée comme en témoignent les deux hypothèses suivantes.

Le premier cas de figure renvoie à la situation où l'interprète a critiqué, non la décision du fond, mais la législation. Cette hypothèse ne s'est présentée qu'une seule fois devant la Cour de cassation⁶⁷⁸. En l'espèce, le sous-locataire d'un bail commercial avait assigné le propriétaire en renouvellement du sous-bail car le locataire principal avait essuyé un refus de renouvellement. La cour d'appel avait refusé d'accéder à sa demande. L'un des moyens développés par l'avocat du demandeur tendait, non à remettre en cause l'application par les juges du fond d'une législation, mais la législation elle-même. Il reprochait à la législation alors applicable au litige, de « *ne prévoir aucune sanction à l'égard du locataire principal* » en maintenant son droit à une indemnité d'éviction, lorsque celui-ci, alors même qu'il y était tenu, n'avait pas notifié l'existence d'une sous-location au profit d'un tiers. Cette clémence à l'égard du locataire principal serait, selon le mandataire, incompatible avec la sévérité dont la législation fait preuve à l'égard du sous-locataire puisque « *la sous-location est dépourvue de validité dans les rapports du bailleur et du sous-locataire* »⁶⁷⁹. La Cour de cassation décide en ce cas que « le pourvoi formule une critique qui vise la législation et non une disposition

⁶⁷⁵ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzczak (dir.), *La théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p 12.

⁶⁷⁶ Cette exigence n'est pas une obligation au sens classique du terme. Ce n'est pas parce que le législateur et la Cour de cassation imposent à l'avocat cette exigence que l'avocat s'y soumet, c'est parce que ne pas s'y soumettre serait une attitude contraire à la rationalité de cet acteur juridique. Sur la distinction entre obligation et contrainte cf. *supra* n°85 et n°100.

⁶⁷⁷ Cf. *supra* n°106, v. égal. Com., 17 mars 1998, n°95-20.764 : la Cour déclare irrecevable le pourvoi car les moyens critiquent les motifs et non le dispositif alors que « Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre des dispositions figurant dans le dispositif des décisions judiciaires en dernier ressort ».

⁶⁷⁸ Civ. 3^{ème}, 26 juin 1969, *Bull. civ.* III, n°527.

⁶⁷⁹ V. le 2^{ème} moyen de cassation au pourvoi ayant mené à l'arrêt précité du 26 juin 1969.

de l'arrêt attaqué » et conclut ainsi à l'irrecevabilité du moyen. L'interprétation de l'avocat aux Conseils ne peut donc pas faire reposer son pourvoi sur la législation mais doit viser le dispositif de la décision attaquée et les motifs qui l'accompagnent.

Le second cas de figure renvoie à la situation où l'interprète a critiqué, non pas une décision du fond, mais un arrêt de la Cour de cassation. En d'autres termes, ce n'est pas une norme applicable qui est l'objet de l'interprétation mais une norme en vigueur. La Cour de cassation s'est fermement opposée aux moyens dont la critique est fondée sur l'un de ses arrêts. Dans une première affaire, le pourvoi avait été directement formé contre un arrêt de la Cour de cassation qui avait prononcé la radiation d'un expert judiciaire et annulé la décision de radiation qui avait été irrégulièrement prise par le bureau de la Cour de cassation. La Cour de cassation a décidé, y compris dans cette procédure interne à la juridiction, que : « le pourvoi en cassation n'est pas ouvert contre les arrêts de la Cour de Cassation »⁶⁸⁰. Dans une seconde série d'affaires, les pourvois avaient été indirectement formés contre des arrêts de la Cour de cassation, c'est-à-dire qu'ils tendaient à reprocher à la cour d'appel de renvoi de ne pas avoir résisté à l'arrêt de cassation. La critique de la décision des juges du fond vise donc par ricochet celle de la Cour de cassation. Face à ces moyens, la Haute juridiction décide de façon constante que le moyen qui vise à critiquer la décision d'une cour d'appel de renvoi, alors qu'elle se conforme à la « doctrine » de l'arrêt de cassation, est irrecevable⁶⁸¹.

Ainsi, la Cour de cassation veille à ce que l'avocat aux Conseils concentre son discours sur la décision qui fait l'objet d'un pourvoi. Cette étroite délimitation participe de l'originalité du discours étudié.

B. Une circonscription propre au discours de l'avocat aux Conseils

218. En tant qu'acte de volonté non authentique, le discours de l'avocat à la Cour de cassation est dogmatique. Mais tous les discours dogmatiques ne se ressemblent pas. Du point de vue de l'objet interprété, et comme cela a déjà été démontré, le discours doctrinal se distingue nettement du discours opératif puisqu'il ne subit aucune limitation de son objet en ce qu'il peut aussi bien porter sur une législation ou une norme applicable (décisions des

⁶⁸⁰ Civ. 2^{ème}, 24 juin 1998, n°96-14.161, *Bull. civ.* II, n°207.

⁶⁸¹ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-26.081 : « Mais attendu que la cour d'appel n'a fait que se conformer à la doctrine de la Cour de cassation exprimée dans son arrêt du 6 octobre 2011 en déclarant recevables, au regard de l'article 564 du code de procédure civile, les demandes concernant deux nouvelles publications issues des enregistrements litigieux ; que le moyen n'est pas recevable ». Sur la notion de « doctrine de la Cour de cassation », cf. not. *supra* n°127 et *infra* n°401.

juridictions inférieures, positions doctrinales) que sur une norme en vigueur⁶⁸². Distinct du discours doctrinal, le discours étudié se différencie également des autres discours opératifs, c'est-à-dire des autres interprétations émises dans le cadre d'un contentieux juridictionnel, qu'elles soient juridictionnelles ou extra-juridictionnelles. Pour s'en convaincre, il faut montrer la différence entre l'objet de l'interprétation de l'avocat aux Conseils et celui des interprétations émises antérieurement et postérieurement au pourvoi (2).

1. La différence avec l'objet des discours produits antérieurement au pourvoi

219. La différence d'objet avec les autres discours extra-juridictionnels - Avant le pourvoi, les interprétations opératives peuvent être d'ordre extra-juridictionnel ou juridictionnel. Les interprétations opératives extra-juridictionnelles sont principalement celles qui proviennent des justiciables ou le plus souvent, de leurs représentants, notamment des avocats à la Cour. Présentées devant les juridictions inférieures, ces interprétations ne peuvent jamais porter sur une décision qui fait l'objet d'un pourvoi. C'est la chronologie du contentieux qui explique cette délimitation. Avant le pourvoi, les justiciables ou leurs représentants ne pourront fonder leurs demandes que sur des éléments qui lui sont antérieurs.

En première instance, devant le tribunal de grande instance par exemple, l'avocat à la cour va émettre un discours qui reposera sur la qualification d'un fait ou d'un acte à l'origine du litige⁶⁸³. L'objet interprété n'est donc pas un jugement ou un arrêt comme c'est le cas pour l'interprétation de l'avocat aux Conseils. Devant les juridictions d'appel, l'interprétation repose sur le jugement de première instance contesté⁶⁸⁴, c'est-à-dire une décision rendue en premier ressort, susceptible d'appel. Aussi, l'interprétation de l'avocat aux Conseils est-elle la seule à avoir pour objet une décision rendue en premier et dernier ressort.

220. La différence d'objet avec les discours juridictionnels - Les discours opératifs d'ordre juridictionnel sont de deux types. Il s'agit des jugements et arrêts *stricto sensu*, (appelés *discours ultra-juridictionnels*) et des rapports et avis fournis pour éclairer la juridiction sur les questions que le litige soulève (appelés *discours pré-juridictionnels*).

Les décisions des juridictions du fond, à l'instar des interprétations d'ordre privé, ont pour objet, en première instance et en appel, respectivement le fait ou l'acte à l'origine du litige et le

⁶⁸² Cf. *supra* n°190 et s.

⁶⁸³ Cf. *supra* n°197.

⁶⁸⁴ Cf. *supra* n°197.

jugement de première instance contesté. L'arrêt d'appel confirme ou réforme le jugement rendu en première instance. Ces discours ne reposent donc jamais sur une décision rendue en dernier ressort, celle-ci clôturant la chaîne des interprétations opératives juridictionnelles émises avant l'interprétation authentique.

Il en est de même pour les rapports et avis émis au profit des juridictions du fond par le juge de la mise en état, le juge rapporteur et le parquet puisqu'ils interviennent antérieurement au pourvoi⁶⁸⁵.

2. La différence avec l'objet des discours émis postérieurement au pourvoi

221. Précisions préalables - Devant la Cour de cassation, au sein de chaque formation de jugement, un conseiller-rapporteur est désigné pour effectuer le travail préparatoire de l'arrêt et participer au délibéré⁶⁸⁶. Par ailleurs, même s'ils ne participent plus au délibéré⁶⁸⁷, les avocats généraux près la Cour de cassation émettent un avis présenté à la juridiction⁶⁸⁸. Ces écritures qui interviennent postérieurement au pourvoi, sont transmises aux représentants des parties, c'est-à-dire aux avocats à la Cour de cassation, à l'exception de l'avis du conseiller-rapporteur.

222. Le pourvoi, objet des avis et des rapports produits devant la Cour de cassation - À première vue, ces discours, qui interviennent postérieurement à celui d'un avocat aux Conseils ont également et seulement pour objet la décision qui fait l'objet d'un recours. En réalité, et à l'instar des décisions de la Cour de cassation elle-même, ils portent également sur le pourvoi dont ils évaluent le bien-fondé. Les avocats généraux et les conseillers-rapporteurs prennent toujours en compte les moyens soulevés à l'appui du pourvoi.

⁶⁸⁵ cf. *supra* n°181.

⁶⁸⁶ Art. 1012 du C. de proc. Civ : « Le président de la formation à laquelle l'affaire est distribuée désigne un conseiller ou un conseiller référendaire de cette formation en qualité de rapporteur » ; v. égal. D. Tricot, « Élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit : André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation Mélanges en l'honneur du président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p. 263 et s.

⁶⁸⁷ V. Ph. Malaurie, « La Cour de cassation, son parquet général et la CEDH », *LPA*, mars 2003, n°48, p. 5 : Après avoir été condamné par la CEDH (CEDH, 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France, n°23043/93 et 22921/93), « le bureau de la Cour a décidé le 18 juin 2001 que les membres du parquet général n'assisteraient plus à la conférence préparatoire et au délibéré et que le conseiller-rapporteur ne leur communiquerait plus son opinion personnelle sur la solution du pourvoi ».

⁶⁸⁸ V. art. 1019 du CPC.

Ces acteurs s'inspirent même parfois ouvertement « *des procédés d'interprétation utilisés par l'avocat* »⁶⁸⁹. En toutes hypothèses, ils s'intéressent toujours au pourvoi comme le prouvent les deux illustrations suivantes.

Dans un arrêt du 13 mars 2007, la Cour de cassation a décidé que le mariage célébré le 5 juin 2004 par le maire de Bègles entre deux personnes de sexe masculin n'était pas valide⁶⁹⁰. Suite à cet arrêt, le rapport du conseiller-rapporteur, M. Pluyette, et l'avis de l'avocat général, M. Domingo ont été publiés⁶⁹¹. Leur lecture révèle que l'objet analysé n'est pas seulement le dispositif de l'arrêt attaqué, il concerne également le pourvoi. Le rapport et l'avis commencent en effet par exposer tous les moyens développés par le demandeur⁶⁹² et visent parfois le mémoire du défendeur⁶⁹³. Certes, orienter la Cour de cassation vers le rejet ou l'accueil des prétentions du demandeur consiste à l'orienter en faveur ou en défaveur de la cassation du dispositif contesté, mais il faut reconnaître que l'objet interprété par le rapporteur et le représentant du ministère public est plus large que celui étudié par l'avocat aux Conseils puisqu'il englobe justement le fruit de son interprétation.

Il faut également évoquer l'hypothèse moins courante dans laquelle un pourvoi est formé en l'absence des parties et de leurs représentants. Bien que très rarement exercé par le ministère public, le pourvoi dans l'intérêt de la loi entraîne un avis et un rapport émis respectivement par l'avocat général et le conseiller-rapporteur, qui ne s'intéressent donc pas à l'argumentation des avocats aux Conseils, puisqu'en pareil cas, elle est inexistante (le pourvoi est exercé par le ministère public près la Cour de cassation). Dans une affaire relative à la maternité de substitution⁶⁹⁴, l'avocat général se réfère encore expressément au pourvoi, fût-il exercé par le ministère public : « *M. le Procureur général a jugé bon de vous saisir, prenant acte d'une insécurité juridique aux incidences majeures, résultant d'approches diamétralement opposées de nos juridictions face à ce si sensible fait de société* »⁶⁹⁵.

⁶⁸⁹ *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Tome XXXIV, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées suisses de Lausanne, Economica, 1985, v. spéc. le Rapport français par J.-L. Sourieux, p. 101.

⁶⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n°05-16.627, *Bull. civ.* I, n°113 : « Mais attendu que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

⁶⁹¹ Rapp. G. Pluyette, Avis M. Domingo, sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Gaz. Pal.*, Rec. jurisp. 2007, p. 10 et s.

⁶⁹² Rapport préc., six pages sont entièrement consacrées à « l'analyse succincte des moyens » ; avis préc., tous les développements sont consacrés à l'exposé et au rejet des moyens développés par le demandeur.

⁶⁹³ V. par. le rapport de D. Loriferne, sur Ass. plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343. Le rapporteur utilise des éléments produits par le défendeur au pourvoi « Le mémoire en défense indique que le véhicule avait été mis en circulation en juin 1995 ».

⁶⁹⁴ V. par ex. l'avis de l'avocat général H. Dontenwille, sur Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105, *Bull. Ass. plén.*, n°4, *JCP G.*, II, 1991, p. 381.

⁶⁹⁵ Rapp. préc., p. 383.

Ainsi, et même dans cette hypothèse, ce n'est pas seulement la décision considérée comme contraire à la loi qui constitue l'objet du discours, mais également le pourvoi exercé par le ministère public.

223. On concèdera néanmoins que si l'objet du discours de l'avocat aux Conseils n'a chronologiquement rien à voir avec celui des discours opératifs émis antérieurement au pourvoi, sa distinction avec celui des avocats généraux et conseiller-rapporteurs près la Cour de cassation n'est pas pleinement satisfaisante. C'est dans l'étude du contenu de ces différents discours, et des contraintes qui pèsent sur leur élaboration qu'on trouvera un moyen de les distinguer de manière plus décisive.

§2. Les contraintes relatives au contenu du discours

224. Si le contenu du discours de l'avocat aux Conseils est si particulier, c'est en raison de la qualité de son auteur et de son destinataire. En qualité de mandataire s'adressant à la Cour de cassation, le professionnel produit un mémoire qui doit réunir deux qualités : être conforme à l'intérêt de son client (A) et répondre aux attentes spécifiques de la Haute juridiction. Ces contraintes, qui pèsent sur le représentant dans l'élaboration de son discours, ne se retrouvent dans aucun autre discours opératif de sorte qu'elles participent à l'originalité de l'interprétation étudiée (B).

A. Un contenu déterminé en fonction de l'intérêt du client

225. L'intérêt de son client guide le travail de l'avocat aux Conseils. Aussi est-il amené à défendre telle ou telle interprétation de la loi selon qu'il est chargé de représenter les intérêts du demandeur ou du défendeur. Cette orientation du contenu en fonction de l'intérêt du client (1) est une spécificité des interprétations opératives d'ordre privé et ne se rencontre pas dans les interprétations opératives d'ordre juridictionnel (2).

1. Un contenu systématiquement orienté en fonction de l'intérêt du client

226. Un discours mandaté - Le statut d'officier ministériel de l'avocat aux Conseils ne saurait voiler sa fonction de représentant. Une fois qu'il accepte de soutenir un justiciable

devant la Cour de cassation⁶⁹⁶, le professionnel rédige un mémoire ampliatif ou en défense en vue de faire triompher la prétention de son client. En qualité de mandataire, ses intérêts se confondent alors avec ceux de son mandant, le justiciable.

227. L'orientation du discours de l'avocat de l'auteur du pourvoi - Lorsqu'il représente le demandeur au pourvoi, il développe des moyens en vue d'obtenir la cassation et l'annulation du dispositif de l'arrêt ou du jugement contesté. Dans cette position, il va nécessairement s'employer à critiquer la décision qui affecte les intérêts de son client, en proposant une interprétation législative concurrente. C'est là sa mission première et pour la remplir, il n'hésite pas à défendre des interprétations nouvelles qui n'ont jamais encore été retenues par la Cour de cassation. Dans l'affaire des « *mariés de Bègles* » par exemple, l'avocat aux Conseils a développé un moyen de cassation, divisé en cinq branches, en vue de défendre la validité d'un mariage célébré entre deux personnes du même sexe et d'obtenir la cassation de l'arrêt de la cour d'appel de Bordeaux qui a confirmé la nullité du mariage. Le contenu était orienté vers la démonstration que la différence de sexe n'est pas une condition nécessaire à la reconnaissance d'un mariage en droit français⁶⁹⁷. Cette position était d'autant plus audacieuse que la Cour de cassation avait jugé très tôt, certes à propos de faits différents, que « le mariage ne peut être légalement contracté qu'entre deux personnes appartenant l'une, au sexe masculin, et l'autre au sexe féminin »⁶⁹⁸. Même s'il n'a pas obtenu les faveurs de la Haute juridiction, l'avocat a défendu la seule thèse qu'il pouvait défendre compte tenu de la volonté de son client.

De la même façon, alors que la Cour de cassation n'avait cessé d'affirmer que la violation d'un pacte de préférence n'ouvrait droit qu'à une réparation en équivalent pour son bénéficiaire⁶⁹⁹, la survenance d'un nouveau litige sur ce point a poussé le représentant du bénéficiaire lésé à plaider en faveur d'une réparation en nature. Sa thèse était appuyée par les

⁶⁹⁶ Après une consultation avant-pourvoi positive, ou lorsque le justiciable maintient, malgré les réserves de son représentant, sa décision de se pourvoir. V. sur ce point *supra* n°12.

⁶⁹⁷ V. la 1^{ère} branche du premier moyen au pourvoi n°05-16.627 (Civ. 1^{ère}, 13 oct. 2007, *Bull. civ. I*, n°113).

⁶⁹⁸ Civ., 6 avril 1903, *D.* 1904, I, p. 395: En l'espèce, il s'agissait d'un homme qui souhaitait l'annulation de son mariage avec une femme dépourvue d'organes génitaux internes, demande à laquelle la Cour de cassation n'accède pas : « Attendu que bien loin d'établir que le sexe de Dame Gavériaux soit méconnaissable, ni qu'il soit identique à celui de son mari, l'arrêt attaqué, tout en déclarant qu'elle est dépourvue d'organes génitaux internes, constate expressément qu'elle présente toutes les apparences extérieures du sexe féminin ».

⁶⁹⁹ Cette solution avait été posée dès 1957 : Civ. 1^{ère}, 4 mai 1957, *Bull. civ. I*, n°190 : « si les juges du fond appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi, ils ne sauraient cependant autoriser le bénéficiaire du pacte à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui est faite par le promettant ». Elle avait été suivie par la première et la troisième Chambre civile et la Chambre commerciale : v. Civ. 1^{ère}, 10 juil. 2002, n°00-13.669, *Bull. Civ. I*, n°192 ; Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, n°95-17.598, *Bull. Civ. III*, n°96 ; Com., 27 mai 1986, n°84-14.154, *Bull. civ. IV*, n°144.

nombreuses critiques doctrinales dirigées contre cette solution⁷⁰⁰ et l'ambiguïté engendrée par un arrêt isolé de la Chambre commerciale⁷⁰¹. C'est du reste une Chambre mixte qui a été chargée de se pencher sur l'interprétation proposée par l'avocat aux Conseils et qui a mis un terme à une jurisprudence constante, en admettant la réparation en nature de la violation du pacte de préférence à « la condition que le tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir »⁷⁰². Certes, le moyen développé par l'avocat a été inefficace pour la prétention, faute de preuve⁷⁰³, mais l'orientation de sa thèse en faveur de l'admission d'une réparation en nature, comme le souhaitait son client, a été admise.

228. L'orientation du discours de l'avocat du défendeur au pourvoi - Lorsqu'il est défendeur au pourvoi, le représentant va développer une argumentation pour conforter le bien-fondé de la décision contestée par la partie adverse. Comme on l'a déjà précisé, il n'est pas tenu d'argumenter selon la technique du moyen⁷⁰⁴, il doit simplement soutenir le maintien de la décision critiquée dans l'intérêt de son client.

229. La raison pour laquelle l'avocat aux Conseils soutient telle ou telle thèse est donc déterminable, elle est à rechercher dans l'intérêt représenté. Il est en revanche moins aisé d'identifier les contraintes qui déterminent les discours d'ordre juridictionnel.

2. Une particularité absente dans les discours d'ordre juridictionnel

230. Si les discours des avocats à la Cour devant les juridictions du fond sont, à l'instar du discours de l'avocat aux Conseils, construits en fonction de l'intérêt du justiciable représenté, tel n'est pas le cas des discours opératifs juridictionnels.

⁷⁰⁰ V. not. D. Mazeaud, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1994, p. 210, C. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, Chron. p. 203.

⁷⁰¹ La Cour de cassation, qui s'était toujours opposée à la réparation en nature laissait penser par cet arrêt qu'elle pouvait être admise si la preuve d'une collusion entre le promettant et le tiers acquéreur était rapportée : Com., 7 mars 1989, n°87-17.212, *Bull. civ.* IV, n°79 : « Attendu qu'en mettant ainsi à néant les conventions passées entre MM. D... et Y... et la société Saimag, et en ordonnant la substitution des consorts B... à cette société dans la propriété des actions, la cour d'appel, qui n'a pas retenu que l'acquisition des titres de la société S et B faite par la société Saimag résultait d'une collusion frauduleuse entre cédants et cessionnaire, a violé le texte susvisé ».

⁷⁰² Mixte, 26 mai 2006, n°03-19376, *Bull. mixte*, n°4.

⁷⁰³ Sur la difficulté de prouver ces deux éléments : v. P.-Y. Gautier, « Exécution forcée du pacte de préférence: un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica », *D.* 2006, p. 1861.

⁷⁰⁴ V. M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, Dalloz, 8^e éd., 2013, p. 11 et *supra* n°18.

Qu'il s'agisse des jugements et arrêts des juridictions du fond ou des rapports et avis émis par les rapporteurs ou avocats généraux, toutes ces écritures ne sont pas orientées dans un sens prédéterminé par l'intérêt du client. Il ne s'agit pas d'affirmer qu'aucune contrainte ne pèse sur les juridictions du fond, leurs membres et le ministère public lorsqu'ils choisissent ou recommandent une interprétation particulière, mais plutôt de montrer que la raison qui les pousse à se décider est très difficile à identifier. Ce constat se vérifie tant pour les décisions *stricto sensu* (a) que pour les avis et rapports les précédant (b).

a. L'orientation du contenu des jugements et arrêts

231. Des discours non mandatés - L'orientation des interprétations juridictionnelles repose sur des facteurs malaisés à identifier. Contrairement aux écritures produites par les avocats, les décisions judiciaires ne trouvent pas leurs origines dans un mandat. Leurs auteurs ne choisissent pas telle ou telle interprétation en fonction de la volonté d'un mandant. Il est alors difficile de savoir pourquoi telle ou telle décision émise par les juges du fond a été prise, même si des contraintes pèsent sur leurs choix.

232. Des discours soumis à des contraintes particulières - L'influence des parties au litige, par l'intermédiaire de leurs représentants, est une première contrainte. Elles délimitent la matière contentieuse en invoquant les règles de droit et les éléments de fait au soutien de leurs prétentions⁷⁰⁵. Cette contrainte est toutefois atténuée par la jurisprudence de la Cour de cassation qui impose au juge du fond de procéder, lorsque c'est nécessaire, à la requalification des faits, des actes et de l'objet visés par les prétentions, et qui l'autorise à modifier le fondement juridique de la demande⁷⁰⁶.

L'autorité hiérarchique de la Cour de cassation est une contrainte juridique plus importante encore⁷⁰⁷. Placée en haut de la hiérarchie judiciaire, la Cour de cassation a le pouvoir de sanctionner par la cassation et l'annulation les décisions des juges du fond en accueillant un moyen soulevé par le demandeur au pourvoi. Ce risque de sanction encourage les juridictions

⁷⁰⁵ V. Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1988, n°86-14.856, *Bull. civ. I*, n°38 : « le devoir de requalifier les faits, imposé au juge par l'article 12, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, ne concerne que les faits qui ont été invoqués par une partie au soutien de ses prétentions ».

⁷⁰⁶ Ass. plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343, *Bull. Ass. plén.*, n°10 : « Mais attendu que si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du nouveau code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ».

⁷⁰⁷ Pour l'étude plus approfondie de cette contrainte hiérarchique, cf. *infra* n°344.

du fond à se conformer à la jurisprudence antérieure de la Haute juridiction et à lui demander son avis face à une question de droit nouvelle et sérieuse⁷⁰⁸. Si les avis ne lient pas les juridictions inférieures, ils sont une manifestation de la contrainte hiérarchique exercée par la Cour de cassation. Pourtant, aussi forte soit-elle, cette contrainte peut être écartée puisque les juges du fond restent libres d'adopter une interprétation contrariant la jurisprudence de la Cour de cassation. L'illustration la plus emblématique de ce cas de figure est la résistance des cours d'appels de renvoi qui, suite à une première décision de la Cour de cassation, rendent un arrêt « en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation »⁷⁰⁹. La Cour de cassation est alors contrainte de se réunir en Assemblée plénière pour réaffirmer ou, plus rarement, abandonner sa première position⁷¹⁰.

En définitive, et contrairement aux avocats qui sont mandatés, les juges du fond orientent leurs décisions en fonction de préférences qui sont difficiles à identifier même s'ils sont également soumis à des contraintes propres à l'environnement dans lequel ils opèrent.

b. L'orientation du contenu des rapports et avis

233. Précisions préalables - En premier lieu, il convient de rappeler que si les avis sont toujours ouvertement orientés en faveur d'une solution, ce n'est pas le cas des rapports réalisés par les conseillers. Devant la Cour de cassation où il intervient systématiquement, le conseiller-rapporteur rédige un rapport accompagné d'un avis et d'un ou de plusieurs projets d'arrêt⁷¹¹. Ce n'est pas le rapport *stricto sensu* qui attire notre attention, car, à l'image des discours de nature scientifique⁷¹², il ne contient aucune interprétation et se limite à une

⁷⁰⁸ La Cour de cassation considère que certaines questions ne donnent pas lieu à avis, v. Avis, 24 janv. 1994, n°09-30.018, *Bull. avis*, n°1 : « *La question de droit n'est pas nouvelle et ne présente pas une difficulté sérieuse* », v. égal. Avis, 24 janv. 1994, n°09-30.019, *Bull. avis*, n°2 : « *La question n'est pas nouvelle, compte tenu des solutions déjà dégagées par la jurisprudence, notamment par l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de Cassation du 19 février 1985* ». On notera que dans ses avis, la Cour de cassation entretient avec sa jurisprudence antérieure un rapport plus décomplexé que dans ses arrêts.

⁷⁰⁹ C'est la formule souvent employée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pour qualifier les jugements ou arrêts des juridictions du fond contrariant sa jurisprudence : v. pour un ex. récent, Ass. plén., 22 avril 2011, n°09-43.334, *Bull. Ass. plén.*, n°3 : « La cause et les parties ont été renvoyées devant la cour d'appel de Paris autrement composée qui, saisie de la même affaire, a statué par arrêt du 29 janvier 2009 dans le même sens que l'arrêt du 8 novembre 2005 par des motifs qui sont en opposition avec la doctrine de l'arrêt de cassation ».

⁷¹⁰ V. par ex. l'affaire « *Baby-loup* » : Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, *Bull. Ass. plén.*, n°1. L'Assemblée plénière revient sur la première décision de la Chambre sociale de la Cour de cassation (Soc., 19 mars 2013, n°11-28.845, *Bull. civ. V*, n°75) et admet, à l'instar des juridictions du fond (CA Versailles, 27 oct. 2011, n°10/05642, puis CA Paris, 27 nov. 2013, n°13/02981) la validité du licenciement pour faute (violation du principe de neutralité visé par le règlement intérieur de l'établissement).

⁷¹¹ Cf. *supra* n°181.

⁷¹² Cf. *supra* n°151.

retranscription fidèle du droit positif et des avis doctrinaux en lien avec le litige concerné. L'orientation choisie par le rapporteur se retrouve uniquement dans son avis ou dans son projet d'arrêt lorsqu'il n'en présente qu'un seul à la Cour de cassation. Or, ces documents sont couverts par le secret du délibéré. L'étude suivante se limite, en conséquence, aux seuls avis des avocats généraux présentés devant la Cour de cassation lorsqu'ils font l'objet d'une publication mais elle peut être étendue, par analogie, aux avis des conseillers-rapporteurs.

234. Des discours non mandatés et faiblement contraints - Ces écritures sont clairement orientées en faveur d'une interprétation législative. La raison qui pousse tel avocat général à opter pour telle ou telle solution est d'autant plus obscure que les contraintes qui pèsent sur ce choix sont faibles et difficiles à identifier. Contrairement aux décisions des juges du fond, le contenu des avis des conseillers et avocats généraux n'est pas sanctionné dans la mesure où il a seulement vocation à éclairer la Cour de cassation sur le bien-fondé du pourvoi.

Les membres du parquet sont indépendants à l'égard des juridictions dans lesquelles ils évoluent. En conséquence, « *les magistrats du siège n'ont aucune possibilité d'adresser un blâme ou une injonction aux magistrats du ministère public* »⁷¹³. Ils subissent en revanche des contraintes liées à l'organisation interne du ministère public. Ils sont « *placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice* »⁷¹⁴. Même s'ils interviennent pour défendre l'intérêt général⁷¹⁵, l'interprétation contenue dans leurs avis peut donc être orientée en fonction de l'influence de cette hiérarchie, une influence impossible à déterminer. Par exemple, si dans l'affaire « *Baby-loup* », le procureur général de la Cour de cassation, s'est prononcé en faveur du licenciement de la salariée d'une crèche qui avait refusé d'ôter son voile islamique pendant ses horaires de travail⁷¹⁶, il est impossible de savoir si cette orientation a été librement choisie

⁷¹³ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard [et al.], *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2013, n°826, p. 848.

⁷¹⁴ V. Art. 5 de l'ordonnance n°58-1270 du 22 déc. 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, JORF, 23 déc. 1958, p. 11551.

⁷¹⁵ V. en ce sens J. Charbonnier, « Ministère public et Cour suprême », *JCP G.* 1991, I, n°3532, p. 316 et s. L'auteur, lui-même avocat général, explique que l'institution d'avocats généraux près de la Cour de cassation doit être sauvegardée car elle sert, à bien des égards, l'intérêt de la société.

⁷¹⁶ Avis J.-C. Marin, sur Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369.

par l'auteur de l'avis ou si elle a été recommandée par la hiérarchie⁷¹⁷. C'est là une différence majeure avec les magistrats du siège dont la mission consiste à juger en toute indépendance. Dans la mesure où les avis et projets d'arrêts rédigés par le conseiller participent à la mission de juger, leur orientation ne fait pas, *a priori*, l'objet d'une quelconque pression hiérarchique.

235. Propos conclusifs - En conclusion, les jugements, les arrêts et les travaux préparatoires à l'arrêt sont produits par des acteurs qui n'ont pas été mandatés. Aussi est-il malaisé de savoir ce qui détermine l'orientation des discours émis par les magistrats du siège ou du parquet. Certes, ils sont également soumis à des contraintes susceptibles d'orienter leurs discours, mais celles-ci ne contrarient pas nécessairement les buts qu'ils poursuivent. Contrairement à l'avocat aux Conseils, dont l'objectif, la satisfaction des intérêts de son client, est invariable, les objectifs des juridictions du fond ou des avocats généraux ne sont pas toujours les mêmes. Les juges du fond peuvent vouloir résister à la Cour de cassation, les avocats généraux défendre une solution audacieuse sans qu'il ne soit possible de savoir précisément et systématiquement pourquoi.

B. Un contenu encadré par la Cour de cassation

236. La deuxième particularité du contenu du discours étudié réside dans les exigences auxquelles il est soumis et qui sont posées par son destinataire. L'avocat aux Conseils est tenu de se soumettre à un certain nombre de contraintes pour échapper à une issue défavorable à l'intérêt de son client. À la différence des autres interprétations opératives (2), l'interprétation du professionnel fait en effet systématiquement et directement l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de cassation (1).

1. Un contenu systématiquement contrôlé par la Cour de cassation

237. Le contrôle formel et substantiel du contenu du discours de l'avocat - Que le pourvoi soit distribué à une formation restreinte susceptible de le déclarer non-admis ou à une

⁷¹⁷ Aucun élément de l'avis ne permet de le savoir. Seuls des articles de presse relatent les oppositions entre le Premier ministre, M. Valls, et une proche conseillère de la garde des Sceaux, Ch. Taubira, sur le bien-fondé du licenciement. V. par ex. : L. Borredon, « L'éphémère tribune anti-Valls d'une proche de Mme Taubira », *Le Monde.fr*, 20 juin 2013. Rien n'est toutefois rapporté sur la position du ministre de la justice et de son éventuelle influence sur le procureur général.

formation normale susceptible de prononcer son irrecevabilité⁷¹⁸, il fait toujours l'objet d'un contrôle. Les mémoires font en effet l'objet d'un examen formel et substantiel qui contraint leurs auteurs à la plus grande précaution dans leur élaboration. Pour rappel, le représentant est tenu de faire reposer son recours sur un ou plusieurs cas d'ouverture définis par la Haute juridiction et de développer de manière concise et précise des moyens de droit qui ne doivent présenter ni contradiction ni nouveauté, en vue d'obtenir la cassation de la décision contestée⁷¹⁹.

238. Des exigences formelles et substantielles sanctionnées - Si l'avocat ne se soumet pas à ces exigences, il s'expose à la sanction d'irrecevabilité ou de non-admission des moyens. La systématicité du contrôle emporte donc des conséquences sur le contenu du discours de l'avocat du demandeur au pourvoi. Il se structure autour de deux parties, le rappel des faits et de la procédure et la discussion présentant les moyens de cassation. Si le moyen ne vise pas le texte ou le principe prétendument violé⁷²⁰ et n'explique pas en quoi la violation est avérée⁷²¹, il est déclaré irrecevable. Ces exigences ne laissent pas ou peu de place à la présence d'éléments extra-juridiques (économiques, sociologiques ou moraux etc.) puisque ceux-ci, lorsqu'ils prennent place au sein d'un moyen de cassation, doivent toujours être rattachés à un fondement juridique. Le représentant est donc contraint de se soumettre aux exigences de son interlocuteur afin d'éviter une sanction qui lui empêcherait de satisfaire les intérêts de son client. Ainsi, le discours de l'avocat aux Conseils fait l'objet d'un contrôle direct et systématique de la part de la Cour de cassation, c'est là une nouvelle manifestation de sa singularité par rapport autres discours dogmatiques.

2. Un point de rupture avec les autres discours opératifs

239. Au sein de la catégorie des discours dogmatiques opératifs, le discours de l'avocat aux Conseils est le seul à faire l'objet d'un contrôle systématique de la Cour de cassation. Les autres discours opératifs ne sont pas contrôlés (a) ou ne font pas l'objet d'un contrôle systématique (b).

⁷¹⁸ V. Art. L. 431-1 du COJ : Après avoir été distribuée à la chambre civile concernée, l'affaire est d'abord examinée par une formation restreinte (composée de trois magistrats) qui peut statuer « *lorsque la solution du pourvoi s'impose* » ou décider de la renvoyer en formation normale (composée de cinq magistrats). Cf. égal. *supra* n°104.

⁷¹⁹ Cf. *supra* n°109 et s.

⁷²⁰ Civ. 1^{ère}, 17 juil. 1996, n°92-19.017, *Bull. civ. I*, n°323 : « Attendu que le moyen, qui se borne à alléguer que la décision attaquée manque de base légale sans préciser au regard de quel texte, ne répond pas aux exigences de l'article 978, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile et doit être déclaré irrecevable ».

⁷²¹ V. Civ. 1^{ère}, 30 oct. 1995, n°93-14.236, *Bull. civ. I*, n°378.

a. Les discours opératifs non contrôlés par la Cour de cassation

240. Les discours pré-juridictionnels⁷²² - Certains discours opératifs ne sont pas soumis à un contrôle de la Cour de cassation, c'est le cas des rapports et avis émis en vue d'éclairer la juridiction. Qu'ils soient produits devant les juridictions inférieures ou devant la Cour de cassation, le contenu du travail effectué par le rapporteur ou l'avocat général n'est pas sanctionné par la Haute juridiction.

241. Le défaut de contrôle du contenu des travaux préparatoires à l'arrêt - Les écritures produites par le conseiller-rapporteur⁷²³ n'ont jamais été contestées dans leur contenu par la Cour de cassation. Seule la question de leur transmission aux parties a fait l'objet d'un contentieux devant la Cour européenne des droits de l'homme⁷²⁴. Alors que l'avis et le projet d'arrêt réalisés par le conseiller-rapporteur étaient transmis au parquet qui assistait au délibéré, les parties ne recevaient communication que du rapport *stricto sensu* (comprenant l'exposé des faits et de la procédure et les moyens de cassation) et du sens de son avis (irrecevabilité, rejet, cassation etc.) seulement quelques jours avant l'audience. Saisie de cette question, la CEDH a jugé cette pratique constitutive d'un manquement à la garantie d'un procès équitable⁷²⁵ contraignant la Cour de cassation à l'abandonner⁷²⁶. En dehors de cette réorientation des pratiques de communication, le contenu des écritures du conseiller-rapporteur est libre. Ceci s'explique par le fait que le conseiller-rapporteur est membre de la formation de jugement comme le prouve sa participation au délibéré. Son rapport n'est pas soumis au contrôle de la Haute juridiction qui l'utilise justement pour se décider.

De la même manière, le contenu de l'avis de l'avocat général n'est pas sanctionné par la Cour de cassation. Si les membres du ministère public ne sont pas membres de la formation de jugement, ils sont toutefois indépendants à l'égard des juridictions et n'agissent que sous

⁷²² Sur cette notion, cf. *supra* n°180 et s.

⁷²³ Les écritures envisagées dans leur ensemble, c'est à dire le rapport, l'avis et le ou les projet(s) d'arrêt.

⁷²⁴ Ci-après CEDH.

⁷²⁵ V. CEDH, 14 oct. 2003, X. c/ France, n°48943/99 et spéc. le point 17 : « Étant donné l'importance du rapport du conseiller rapporteur, principalement du second volet de celui-ci, (...) le déséquilibre ainsi créé, faute d'une communication identique du rapport aux conseils des requérants, ne s'accorde pas avec les exigences du procès équitable ».

⁷²⁶ S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2013, n°762 p. 543 : Désormais, le parquet, qui ne participe plus au délibéré, « reçoit, comme les parties, un rapport enrichi du conseiller-rapporteur (exposé des faits et de la procédure, analyse des moyens, exposé objectif de la question de droit, textes, jurisprudence et doctrine de référence) ; en revanche l'avis du rapporteur n'est communiqué ni aux parties ni au parquet ».

l'autorité du parquet⁷²⁷. Le contenu de leurs écritures n'est donc pas contrôlé par la Cour de cassation.

242. Les conséquences du défaut de contrôle : liberté sur la forme et sur le fond des écritures présentées - Ce défaut de contrôle emporte des conséquences sur le contenu des rapports et avis. Contrairement à l'avocat aux Conseils, le conseiller-rapporteur et l'avocat général disposent d'une grande liberté formelle et substantielle.

D'un point de vue formel, les avis et les rapports ne sont pas tous présentés de la même manière. L'étude des rapports et des avis présentés en matière civile devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation entre 2003 et 2014 témoigne d'une grande disparité dans la structuration des écritures⁷²⁸. Concernant les avis, s'ils s'articulent autour de deux éléments récurrents (l'étude des faits et de la procédure et une discussion), ils sont présentés selon une méthode propre à leurs auteurs et sont plus ou moins concis⁷²⁹ de sorte qu'il est difficile d'en extraire un modèle-type. Certains avocats généraux rédigent un avis sans avoir recours à un plan apparent⁷³⁰ alors que d'autres proposent jusqu'à une table des rubriques très détaillée⁷³¹. Le constat est quasiment identique concernant le travail des conseillers-rapporteurs. Ces derniers peuvent produire des développements sans structure apparente⁷³², les faire reposer sur une articulation très personnelle⁷³³ ou déterminée à partir des questions de fond suscitées par l'affaire⁷³⁴. Il faut toutefois relever qu'à partir de 2006, la grande majorité des rapports était présentée selon une structuration commune⁷³⁵.

⁷²⁷ cf. *supra* n°234.

⁷²⁸ L'étude porte sur les 82 avis publiés sur le site de la Cour de cassation dans la rubrique « jurisprudence » et la sous-rubrique « Assemblée plénière ».

⁷²⁹ Si, en moyenne, les avis tiennent en une vingtaine de pages, certains tiennent en trois pages : v. l'avis de M. Feuillard, sur Ass. plén., 21 févr. 2003, n°01-16.450, alors que d'autres font jusqu'à une quarantaine de pages : v. par ex. l'avis de M. Marin sur Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369.

⁷³⁰ V. par ex. les avis de M. Azibert sur Ass. plén., 22 avril 2011, n°09-69.052 et sur Ass. plén., 3 juin 2011, n°09-71.352 et n°09-69.052.

⁷³¹ V. par ex. les avis de M. Lafortune sur Ass. plén., 9 oct. 2006, n°06-14.975, n°06-15.377 : Après une partie « faits et procédure » (I), la discussion (II) s'articule autour de trois sections (elles-mêmes subdivisées en paragraphes puis en A et B) et s'ouvre sur une conclusion (III).

⁷³² V. par ex. le rapport de M. Paloque, sur Ass. plén., 4 mars 2005, n°03-11.725.

⁷³³ V. par ex. le rapport de M. Charruault sur Ass. plén., 7 juil. 2006, n°04-10.672 : le conseiller adopte un plan original qu'on ne retrouve pas dans les autres rapports : I. Les composantes du choix, II. Les conséquences du choix.

⁷³⁴ V. par ex. le rapport de Mme Chagny, sur Ass. plén., 6 févr. 2004, n°01-21.435, n°03-30.070, n°03-30.086, n°03-30.305. Le plan adopté est lié au fond de l'affaire : v. I - La société nationale G.I.A.T.-Industries et les *ouvriers sous décret* de cette entreprise et III - Les pourvois. - L'affiliation des *ouvriers sous décret* de la société G.I.A.T.- Industries au régime général d'assurances sociales. - Le taux des cotisations par la société.

⁷³⁵ Sur les 29 rapports rédigés à partir de 2006 et présentés à l'Assemblée Plénière, 27 reproduisaient le plan suivant : I. *Rappel des faits et de la procédure*, II. *Analyse succincte des moyens*, III. *Identification du ou des problèmes de droit faisant difficulté à juger*, IV. *Discussion citant les références de jurisprudence ou de doctrine*.

D'un point de vue substantiel, les rapports et les avis sont beaucoup plus fournis que les moyens de cassation. Les avocats généraux et les conseillers-rapporteurs mobilisent en effet des arguments juridiques mais également extra-juridiques. La recherche sur les travaux préparatoires dirigée par Pascale Deumier témoigne de cette diversité⁷³⁶. Parmi les arguments juridiques, les règles de droit jouent un rôle prépondérant. Les énoncés textuels et la jurisprudence de la Cour de cassation sont constamment présentés et s'accompagnent régulièrement d'une présentation de celle des autres juridictions nationales (Conseil d'État, Conseil constitutionnel) et des juridictions communautaires et européennes. Une place importante est également accordée aux positions de la doctrine universitaire, du législateur⁷³⁷ et des juridictions⁷³⁸ concernés par les questions soulevées par le pourvoi. Par ailleurs, les avis et les rapports sont susceptibles de contenir des développements extra-juridiques d'ordre historique, économique, social ou moral⁷³⁹.

En définitive, l'absence de contrôle des travaux préparatoires aux arrêts offre à leurs auteurs une plus grande liberté dans le choix des matériaux mobilisés pour construire et justifier l'interprétation législative qui sera recommandée à la Cour de cassation.

b. Les discours opératifs indirectement contrôlés par la Cour de cassation

243. À côté des discours opératifs qui ne sont pas soumis à un contrôle, il en existe qui ne sont pas systématiquement vérifiés par la Cour de cassation. C'est le cas des conclusions rédigées par les parties ou leurs représentants adressées aux juges du fond et des jugements et arrêts des juridictions du fond.

244. Les écritures présentées aux juridictions du fond, un contrôle ponctuel et indirect - Le contenu des conclusions d'avocats à la Cour présentées devant les juridictions de première instance et d'appel ne sont pas directement soumis au contrôle de la Cour de cassation pour une raison évidente : il ne lui est pas destiné. Il est présenté à la juridiction du fond devant laquelle la partie représentée est appelée en qualité de demandeur ou de défendeur. Cela dit, il se peut que la Cour de cassation examine les conclusions d'un avocat

⁷³⁶ P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique : recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013.

⁷³⁷ Les rapporteurs et les avocats généraux font parfois référence aux travaux préparatoires des législations en présentant par exemple les réponses aux questions parlementaires sur la législation soumise à interprétation dans le litige.

⁷³⁸ V. par ex. les communiqués de la Cour de cassation accompagnant certains arrêts.

⁷³⁹ V. E. Rubi-Cavagna, « Les arguments d'opportunité » in *Le raisonnement juridique : recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), *op. cit.*, p. 219 à 247.

qui a pourtant plaidé devant les juridictions inférieures lorsque son client agit en responsabilité. La Cour de cassation s'est ainsi déjà penchée sur le contenu d'écritures rédigées par un avocat à la Cour puisque son client lui reprochait de ne pas avoir opté pour la décision qui lui était le plus profitable au regard des évolutions récentes de la jurisprudence⁷⁴⁰. Le contrôle opéré par la Cour de cassation n'est pourtant pas systématique et dépend de plusieurs événements tributaires de la volonté de leurs auteurs : le client de l'avocat doit intenter une action en responsabilité et les décisions des juges du fond doivent avoir été contestées par l'une ou l'autre des parties, contestation qui doit *in fine* se concrétiser par l'exercice d'un pourvoi.

245. Les décisions des juges du fond, un contrôle indirect - De la même manière, les décisions rendues par les juridictions du fond ne font pas automatiquement l'objet d'un examen par la Cour de cassation. Ce n'est pas parce que le contrôle de la Cour de cassation a toujours pour objet un arrêt ou un jugement que les arrêts ou les jugements sont toujours contrôlés par la Cour de cassation. Là encore, les parties jouent un rôle prépondérant dans le déclenchement du contrôle de la Cour de cassation puisque seul le pourvoi est susceptible de déclencher ses compétences⁷⁴¹. Le ministère public peut également en être à l'origine⁷⁴². Ainsi, les décisions des juridictions inférieures ne seront contrôlées que lorsqu'elles seront contestées par un recours. Dans le cas inverse, elles produiront des effets sur les justiciables concernés sans avoir été examinées par la Cour de cassation⁷⁴³.

246. Propos conclusifs - Ainsi, le discours de l'avocat aux Conseils se singularise nettement des autres discours produits à l'occasion d'un litige. Son objet est strictement délimité par la Cour de cassation, il s'agit d'une norme applicable retenue par les juges du fond. Son contenu est déterminé en fonction de l'intérêt du client et élaboré conformément aux exigences formelles et substantielles de recevabilité posées par la Cour de cassation.

⁷⁴⁰ Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n°10-24550, *Bull. civ. I*, n°214. Le reproche est formulé ainsi dans le second moyen de cassation : « l'avocat est tenu, dans le respect des règles déontologiques, d'accomplir toutes les diligences utiles à la défense de son client et doit à ce titre observer les règles de prudence qu'inspire la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés; à supposer même qu'un doute eût pu apparaître en ce qui concerne le délai applicable, ensuite de l'arrêt du 26 février 1997 (*Bull. II*, n°60), et dans l'esprit d'un professionnel compétent, ce qui n'était pas le cas, la simple existence de ce doute, qui ne pouvait en toute hypothèse générer une certitude en l'état d'un texte clair et d'une jurisprudence antérieure en sens contraire (cf. *Com.*, 18 décembre 1986, *Bull. IV*, n°250) suffisait à justifier le respect de la décision la plus prudente ».

⁷⁴¹ Sur le rôle des parties dans l'exercice d'un pourvoi, cf. *supra* n°87.

⁷⁴² Sur le pourvoi pour excès de pouvoir ou dans l'intérêt de la loi, cf. *supra* n°10.

⁷⁴³ Elles produiront des effets à l'égard des parties au litige et seront à l'origine d'interprétations législatives qui seront parfois considérées comme normatives (sans qu'elles le soient d'un point de vue réaliste), c'est par exemple le cas de tous les arrêts des cours d'appel cités dans les codes.

La Cour de cassation exerce effectivement sur ce discours un contrôle systématique et immédiat. Autrement dit, dans la mesure où il souhaite satisfaire les attentes de son client, l'avocat subit des contraintes produites par son interlocuteur, l'interprète authentique, auxquelles il ne saurait rationnellement se soustraire. La question est désormais celle de savoir si le discours de l'avocat aux Conseils est lui-même susceptible d'exercer une action particulière sur la Cour de cassation.

Section 2. Un discours spécialement destiné à la Cour de cassation

247. La recherche de la nature spécifique du discours de l'avocat aux Conseils atteint son point culminant dans l'étude des liens qu'il entretient avec son destinataire. Si tous les discours dogmatiques contiennent des prescriptions en vue d'influencer leurs interlocuteurs, tous ne sont pas susceptibles d'être adressés à des interlocuteurs juridictionnels. Seuls les discours opératifs le sont. Or, parmi ces discours opératifs, seul celui de l'avocat aux Conseils s'adresse immédiatement à la Haute juridiction. Il intervient en effet après qu'une décision des juges du fond soit rendue et juste avant que la Cour de cassation en évalue le bien-fondé. Il jouit ainsi d'une position privilégiée par rapport aux autres discours opératifs. En plus d'être spécialement destiné à la Cour de cassation, c'est-à-dire, selon la *Théorie réaliste de l'interprétation*, à un organe créateur de normes en vigueur (§1), il est à l'origine de situations de fait susceptibles de déterminer l'existence et le contenu des décisions de la Cour de cassation (§2).

§1. La spécificité du discours de l'avocat aux Conseils au regard de son destinataire

248. L'avocat aux Conseils destine ses écritures à la Cour de cassation qui devra en retour se prononcer sur le bien-fondé du pourvoi. Il est ainsi l'interlocuteur immédiat (A) et privilégié de la Haute juridiction (B).

A. L'avocat aux Conseils, interlocuteur immédiat de la Cour de cassation

249. La Cour de cassation n'est pas seulement le destinataire du discours de l'avocat aux Conseils (1), elle est également chargée de répondre à ses demandes c'est-à-dire aux moyens développés par le mandataire à l'appui du pourvoi (2).

1. La Cour de cassation, destinataire direct du discours de l'avocat aux Conseils

250. Le discours de l'avocat, directement adressé à la Cour de cassation - Qu'il s'agisse de la déclaration de pourvoi⁷⁴⁴, du mémoire ampliatif⁷⁴⁵ ou du mémoire en réponse⁷⁴⁶, les écritures des avocats aux Conseils sont toutes adressées au greffe de la Haute juridiction. L'objet du pourvoi consiste en effet à contester « *une décision de justice rendue en dernier ressort* »⁷⁴⁷ devant la Cour de cassation. Les moyens développés par l'avocat aux Conseils tendent ainsi à convaincre la Cour de cassation de censurer l'arrêt contesté alors que l'argumentaire du défendeur⁷⁴⁸ tend, à l'inverse, à persuader la Cour de cassation de son bien-fondé l'invitant à prononcer le rejet du pourvoi⁷⁴⁹.

251. Le discours de l'avocat, indirectement adressé aux interprètes intervenant devant la Cour de cassation - Dans les développements précédents, il a été démontré qu'entre l'exercice du pourvoi par l'avocat aux Conseils et la décision de la Cour de cassation, deux discours étaient produits : celui de l'avocat général et celui du conseiller-rapporteur. L'exercice d'un recours par l'avocat du demandeur déclenche en effet l'intervention de ces deux acteurs qui sont également chargés d'étudier et d'évaluer le recours. Ils sont ainsi les destinataires indirects des écritures de l'avocat aux Conseils dont ils apprécieront le bien-fondé en recommandant à la Cour de cassation le rejet du pourvoi ou la cassation de l'arrêt critiqué. Certes, et comme nous l'avons déjà précisé, ils disposent d'une

⁷⁴⁴ V. art. 974 du CPC et Civ. 1^{ère}, 11 juil. 1978, n°77-60.273, *Bull. civ. I*, n°263 : « *n'est pas recevable le pourvoi formé au secrétariat-greffe de la cour d'appel de Grenoble contre un arrêt (...)* » émanant de cette même juridiction.

⁷⁴⁵ V. art. 978 du CPC.

⁷⁴⁶ V. art. 991 du CPC.

⁷⁴⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Pourvoi.

⁷⁴⁸ On préfère viser un argumentaire plutôt que les « moyens de défense » puisqu'il a déjà été fait remarquer que l'avocat du défendeur n'était pas tenu de développer des moyens, cf. *supra* n°18 et 108.

⁷⁴⁹ La Cour de cassation ne se réfère dans ses décisions qu'aux moyens développés par le demandeur puisque lorsqu'elle conclut au rejet du pourvoi, elle s'attache à démontrer la validité de la décision contestée.

grande latitude argumentative pour recommander à la Cour de cassation le choix d'une interprétation plutôt qu'une autre, mais ils interviennent sur la base du pourvoi⁷⁵⁰. Tous les avis et les rapports présentés à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation entre 2003 et 2013 se réfèrent en effet à la procédure ayant mené au pourvoi et présentent les moyens de cassation. Dans les avis, des développements sont toujours consacrés à l'analyse du bien-fondé du pourvoi et se retrouvent souvent sous des intitulés tels que « *les thèses en présence* »⁷⁵¹, « *le pourvoi* »⁷⁵², ou « *les moyens de cassation présentés* »⁷⁵³. Le constat est identique concernant les rapports des conseillers⁷⁵⁴ même si l'appréciation des moyens se trouve dans l'avis et le ou les projets d'arrêts, documents couverts par le secret du délibéré⁷⁵⁵.

Cela dit, et contrairement à la Cour de cassation, les avocats généraux et les conseillers-rapporteurs sont les destinataires indirects du pourvoi et des mémoires échangés entre les avocats. Ils interviennent auprès de la Cour de cassation en proposant des solutions au pourvoi et même s'il leur arrive d'interagir avec les avocats aux Conseils⁷⁵⁶, ils n'ont pas le pouvoir de répondre de manière définitive au pourvoi, seule la Cour de cassation le peut.

2. L'arrêt de la Cour de cassation, une réponse au discours de l'avocat aux Conseils

252. Le pourvoi et l'arrêt de la Cour de cassation, un lien de réciprocité - La relation entre les avocats aux Conseils et la Cour de cassation n'est pas à sens unique puisque la Haute juridiction doit en retour examiner les moyens qui lui sont soumis en apportant une réponse

⁷⁵⁰ cf. *supra* n°222 et s.

⁷⁵¹ V. par ex. les avis de M. Benmakhlouf sur Ass. plén., 28 mars 2003, n°01-12.228 ; Ass. plén., 6 juin 2003, n°01-12.453 ; Ass. plén., 6 févr. 2004, n°01-21.435 ; Ass. plén., 16 avril 2004, n°02-18.231 ; Ass. plén., 9 juil. 2004, n°02-21.040 ; Ass. plén., 6 déc. 2004, n°03-11.238, Ass. plén., 7 juil. 2006, n°04-10.672.

⁷⁵² V. par ex. les avis suivants : M. Feuillard sur Ass. plén., 21 févr. 2003, n°01-16.450 ; M. de Gouttes sur Ass. plén., 4 mars 2005, n°03-11.725 ; M. Cavarroc, sur Ass. plén., 22 avril 2005, n°02-15.180 ; M. Gariazzo sur Ass. plén., 10 juin 2005, n°03-18.922 ; et M. Bonnet, Ass. plén., 10 avril 2009, n°08-10.154.

⁷⁵³ V. par ex. l'avis de M. de Gouttes sur 14 avril 2006, n°02-11.168, avec une partie consacrée aux « *moyens de cassation présentés* » ; l'avis de M. Gariazzo, sur Ass. plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255, qui étudie successivement les moyens « *le premier moyen* », « *le second moyen* » etc. ; l'avis de M. Lafortune sur Ass. plén., 9 oct. 2006, n°06-11.056, n°06-15.377, n°06-11.056, n°06-11.307 qui présente les moyens avant de les apprécier (section 1 et section 2).

⁷⁵⁴ Ils ont tous pour objet le pourvoi et les moyens développés au soutien de la cassation. Des développements sont consacrés à l'étude du « *pourvoi* », v. par ex. la rapport de M. Collomp sur Ass. plén., 7 mai 2014, n°02-10.450 ; des « *griefs et moyens* », v. par ex. le rapport de Mme Betch sur Ass. plén., 11 mars 2005, n°03-20.484 ; ou à « *l'analyse succincte des moyens* », v. par ex. le rapport de Mme Gabet sur Ass. plén., 13 mars 2009, n°08-16.033.

⁷⁵⁵ Cf. *supra* n°181.

⁷⁵⁶ Seul le rapporteur peut interagir avec le demandeur, mais cette interaction n'est pas systématique. V. par ex. l'art. 981 du CPC qui autorise, mais n'oblige pas, le rapporteur à demander à « *l'avocat du demandeur qu'il lui communique, dans le délai qu'il fixe, toute pièce utile à l'instruction de l'affaire* » ; v. égal. l'art. 1018 du CPC qui autorise, sans les contraindre, les avocats à être entendus « *après le rapport* ».

au pourvoi. Elle se prononce en effet et plus spécifiquement sur le pourvoi qui lui est adressé et se réfère constamment aux moyens soulevés par son auteur⁷⁵⁷.

253. Le lien de réciprocité dans les arrêts de cassation - Dans les arrêts de cassation, elle se fonde en principe sur un ou plusieurs moyens développés par l'avocat aux Conseils pour censurer la décision critiquée dans le pourvoi⁷⁵⁸. Avant même d'énoncer la norme qu'elle considère comme méconnue par les juges du fond, elle précise toujours le moyen de cassation sur lequel repose son dispositif. Un arrêt de la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, rendu le 3 juillet 2015, en fournit un bon exemple⁷⁵⁹. En l'espèce, les avocats du demandeur au pourvoi reprochaient au procureur de la République de s'opposer à la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance d'un enfant, de père français, né en Russie, à la suite d'une gestation pour autrui. Ils se justifiaient, dans un premier moyen, en invoquant notamment les articles 47 du Code civil et 8 de la Convention européenne, dans une argumentation à la base de la cassation prononcée par la Haute juridiction⁷⁶⁰. Avant même d'énoncer le visa et le contenu de son interprétation qui reprend d'ailleurs dans les mêmes termes celle qui avait été recommandée par les avocats du demandeur⁷⁶¹, elle signale en effet se fonder « sur le premier moyen » de cassation.

254. Le lien de réciprocité dans les arrêts de rejet - Dans les arrêts de rejet, elle examine les moyens qui lui sont présentés par l'avocat du demandeur et les écarte au profit du maintien de la décision critiquée. Pour n'en donner qu'une illustration, lorsque Cour de cassation a modifié sa position à propos de la sanction de la violation d'un pacte de

⁷⁵⁷ La reproduction des moyens dans l'arrêt lui-même est systématique en cas de rejet du pourvoi. En cas de cassation, les moyens sont *a minima*, annexés à la décision, cf. *supra* n°18 et 19.

⁷⁵⁸ Il faut toutefois réserver l'hypothèse des moyens relevés d'office par la Cour de cassation, cf. *infra* n°353 et s.

⁷⁵⁹ Ass. plén., 3 juil. 2015, n°14-21.323, *Bull. Ass. plén.*, n°619.

⁷⁶⁰ V. 1^{er} moyen au pourvoi n°14-21.323, spéc. cet extrait de la 1^{ère} branche : « *alors que tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toute vérification utile, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité* ».

⁷⁶¹ Ass. plén., 3 juil. 2015, préc. : « Vu l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Attendu qu'il résulte des deux premiers de ces textes que l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité », à comp. avec le contenu du 1^{er} moyen, v. note de bas de page préc.

préférence⁷⁶², l'avocat du demandeur a défendu la cassation de l'arrêt du fond en développant un moyen unique divisé en trois branches⁷⁶³. Même si elle a conclu au rejet du pourvoi, la Haute juridiction s'est expressément référée à l'argumentation du professionnel dans son arrêt en la reproduisant intégralement. Elle s'en est même dans une certaine mesure inspirée puisqu'elle a admis la possibilité d'une réparation en nature, c'est-à-dire la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers acquéreur, sous certaines conditions, qui n'étaient pas remplies en l'espèce.

Ainsi, si l'avocat s'adresse directement à la Cour de cassation, celle-ci répond toujours à l'auteur du pourvoi. Le lien entre le discours de l'avocat et celui de la Cour de cassation s'analyse donc comme un lien privilégié d'interaction.

B. L'avocat aux Conseils, interlocuteur privilégié de l'interprète authentique

255. La position privilégiée du discours de l'avocat aux Conseils - La théorie réaliste de l'interprétation, sur laquelle est fondée cette étude, ne reconnaît qu'à la Cour de cassation la faculté de créer des normes dans l'ordre judiciaire. Autrement dit, ni le législateur, ni les juridictions du fond ne sont considérés comme des organes créateurs du droit. Certes, ils produisent des discours, mais ces discours ne produisent que des énoncés textuels ou des *normes applicables*, à la différence des juridictions suprêmes qui produisent des *normes en vigueur*, car leurs interprétations sont authentiques, c'est-à-dire qu'elles produisent des effets juridiques incontestables⁷⁶⁴. Si la Cour de cassation est le seul organe apte à créer des règles de droit, alors l'avocat aux Conseils jouit d'une position particulière car il intervient juste avant l'interprète authentique, lequel est par ailleurs chargé de répondre aux questions

⁷⁶² Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376, *Bull. mixte*, n°4 : « Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir. Avant cet arrêt, la Cour de cassation n'admettait pas la substitution forcée et lui préférait la réparation par équivalent depuis une solution de principe qu'elle avait posée très tôt, v. Civ. 1^{ère}, 4 mai 1957, *Bull. civ. I*, n°190 : « si les juges du fond appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi, ils ne sauraient cependant autoriser le bénéficiaire du pacte à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui est faite par le promettant ».

⁷⁶³ V. not. 1^{ère} et 2^{ème} branche du moyen au pourvoi n°03-19.376 : Le moyen, principalement fondé sur l'article 1142 du C. civ., reproche à la Cour d'appel d'avoir, d'une part, refusé d'admettre la réparation en nature alors que cette disposition ne s'applique « *que lorsque l'exécution en nature est impossible* » et, d'autre part et subsidiairement, d'avoir injustement qualifié l'obligation du promettant en obligation de faire, alors qu'il s'agirait selon lui d'une obligation de donner.

⁷⁶⁴ Pour la définition de l'interprétation authentique, cf. *supra* n°66 et s.

juridiques soulevées par le pourvoi. Ainsi, dans ses rapports avec la Haute juridiction, le discours de l'avocat aux Conseils s'analyse comme un discours *préparant l'interprétation authentique*.

256. Un privilège par rapport aux discours doctrinaux - À l'évidence, le discours doctrinal ne jouit pas de cet avantage vis-à-vis de la Cour de cassation. Pour ce faire, il faudrait d'abord que les conditions d'une interaction chronologique entre la doctrine et la Cour de cassation soient réunies, ce qui est rarement le cas. Le discours doctrinal n'étant pas produit en vue de résoudre un litige, il se révèle être la plupart du temps postérieur aux interprétations authentiques. Il intervient en effet généralement après que la Cour de cassation a rendu sa décision, sous la forme de commentaires en vue de la critiquer positivement ou négativement. C'est ce qui a été mis évidence par Nicolas Molfessis. L'auteur, qui s'intéresse à la fonction prescriptive de la doctrine, reconnaît que certaines idées novatrices ont pu être à l'origine de solutions jurisprudentielles. Mais, dans le même temps, il regrette que la doctrine intervienne « *de moins en moins en amont des solutions* »⁷⁶⁵, prenant pour contre-exemples les chroniques publiées au Dalloz, entre 1925 et 1940, de Capitant, Josserand, Ripert, Lalou, Savatier, qui faisaient œuvre de doctrine souvent à partir de décisions des juges du fond « *pour mieux anticiper, prédire, et simplement donner sa chance à leur autorité* »⁷⁶⁶. Les praticiens regrettent également le caractère généralement rétrospectif de la dogmatique doctrinale. L'avocat aux Conseils Dominique Foussard signale en ce sens qu'« *il est regrettable que beaucoup de travaux doctrinaux, qui seraient précieux au stade de l'instruction du recours ou du pourvoi, ne soient publiés qu'une fois l'arrêt rendu* »⁷⁶⁷. Ainsi, la dogmatique doctrinale est généralement une activité de réaction à la jurisprudence contrairement à la dogmatique opérative qui prend systématiquement part à son processus d'élaboration.

Par ailleurs, même si l'activité doctrinale produit des interprétations législatives en lien avec une question que la Cour de cassation s'apprête à résoudre, ces recommandations ne lui sont pas spécifiquement et directement adressées. Pour ce faire, il faut qu'elles soient relayées jusqu'à la Haute juridiction dans un discours produit à l'occasion du litige (décisions des

⁷⁶⁵ N. Molfessis, « Les prédictions doctrinales », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, Éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 145 et s, spéc. p 165.

⁷⁶⁶ *Ibid.*

⁷⁶⁷ D. Foussard, « Le juge et la doctrine, le regard d'un avocat aux Conseils », *Droits*, n°20, 1994, p. 139.

juges du fond, écritures des avocats aux Conseils ou travaux préparatoires à l'arrêt)⁷⁶⁸. C'est donc de manière indirecte, par l'intermédiaire d'une tierce volonté, que le discours doctrinal est susceptible d'être porté à l'attention de l'interprète authentique. Il en va de même pour les discours produits à l'occasion d'un litige antérieurement au pourvoi.

257. Un privilège par rapport aux discours opératifs produits antérieurement au pourvoi - Même si les discours produits en vue de résoudre un litige peuvent mener à une décision de la Cour de cassation, tous ceux qui sont produits antérieurement au pourvoi, c'est-à-dire avant l'exercice d'un recours contre une décision des juges du fond, ne sont pas directement et systématiquement adressés à la Haute juridiction. Un arrêt de cour d'appel ne fait pas nécessairement l'objet d'un pourvoi, il ne sera examiné par la Cour de cassation que si une partie au litige le décide. Certes, comme nous l'avons déjà précisé, les juges du fond peuvent solliciter directement l'avis de la Cour de cassation avant de se prononcer, mais la procédure d'avis n'est pas systématique et la réponse alors délivrée par la Cour de cassation n'est pas définitive car elle peut être écartée par les juges du fond, ou plus vraisemblablement, remise en cause par les parties à l'occasion d'un recours. Le discours de l'avocat aux Conseils présente au contraire l'avantage d'être systématiquement et directement adressé à la Cour de cassation et de rencontrer une réponse définitive⁷⁶⁹.

258. Un privilège par rapport aux discours opératifs produits postérieurement au pourvoi - Il faut admettre qu'après le pourvoi, les discours produits en vue de résoudre le litige sont nécessairement adressés à la juridiction chargée d'y mettre un terme. Aussi, les discours des avocats généraux, des conseillers-rapporteurs ou encore « *des amis de la Cour* »⁷⁷⁰, sont, comme celui des avocats aux Conseils, directement présentés à la Cour de cassation. En revanche, bien qu'ils aident la juridiction à se décider, ils ne déterminent pas les questions qui lui sont posées, seul l'auteur du pourvoi dispose de ce pouvoir. Par ailleurs, ils ne jouissent pas d'un lien de réciprocité avec la juridiction qui n'a pas à répondre à leurs recommandations, mais seulement aux moyens développés par l'avocat du demandeur.

⁷⁶⁸ Sur la question plus spécifique du recours aux constructions doctrinales dans les moyens de cassation, cf. *infra* n°434 et s.

⁷⁶⁹ On entend par réponse définitive de la Cour de cassation, la réponse juridique, c'est-à-dire la motivation qui accompagne le dispositif. En cas de rejet, la décision de la Cour de cassation devient incontestable. En cas de cassation, la Cour de cassation livre une réponse juridique qui contraint fortement la liberté des juges du fond (sur ce point, cf. not. *infra* n°288 *in fine*). Certes, ils peuvent la contester mais dans ce dernier cas, c'est de nouveau la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière qui dispose du dernier mot.

⁷⁷⁰ La procédure de l'*amicus curiae* n'est toutefois pas systématique, cf. *supra* n°183.

259. Propos conclusifs - En définitive, le discours de l'avocat aux Conseils est le seul à être directement et systématiquement adressé à la Cour de cassation, laquelle procède en retour à son évaluation en écartant ou en accueillant les moyens au pourvoi. Il s'agit là d'un rapport privilégié avec la Haute juridiction, qui est l'organe exclusif de production normative dans l'ordre judiciaire. Le discours étudié présente ainsi une dimension théorique originale du point de vue de sa nature et de ses incidences.

§2. La spécificité du discours de l'avocat aux Conseils au regard de ses incidences sur l'interprétation authentique

260. Les prochains développements ne sauraient totalement se confondre avec l'objet de la prochaine partie qui tend à analyser les effets du discours de l'avocat aux Conseils sur l'interprète authentique⁷⁷¹. Même s'il est déjà question d'engager une réflexion sur ce point, il s'agit encore en arrière-plan de démontrer que, y compris du point de vue de ses effets, le discours de l'avocat aux Conseils n'est pas un discours comme les autres. Ses incidences sur l'activité interprétative de la Cour de cassation sont doublement originales. Il détermine l'existence de l'interprétation authentique (A) mais agit également sur son contenu (B).

A. L'action du discours sur l'existence de l'interprétation authentique

261. Le discours étudié détermine, pour une large part, l'existence de l'interprétation authentique. Il existe en effet un lien de dépendance entre le discours de l'avocat et l'existence d'une décision de la Cour de cassation. Au pourvoi formé par l'avocat du demandeur succède systématiquement une décision de la Cour de cassation. En d'autres termes, dès lors qu'un justiciable décide, de concert avec son représentant, de se pourvoir contre une décision des juridictions inférieures, il déclenche les compétences de la Cour de cassation, qui ne saurait s'autosaisir (1). Cela dit, cette chronologie contentieuse connaît quelques tempéraments dans la mesure où la Cour de cassation peut se trouver saisie par d'autres acteurs que l'avocat aux Conseils (2).

⁷⁷¹ Il ne s'agit pas d'analyser l'effet contraignant mais la nature des contraintes émises.

1. Un lien de dépendance entre le discours de l'avocat et l'existence d'un arrêt de la Cour de cassation

262. Le déclenchement conditionné des compétences de la Cour de cassation - La Cour de cassation ne peut décider, de façon discrétionnaire, de se saisir de telle ou telle question. Contrairement au législateur, l'exercice de sa compétence « *est conditionné par l'exercice d'un recours* »⁷⁷². Il dépend de la volonté des parties qui forment, par l'intermédiaire de leurs représentants, un pourvoi. Ceci s'explique par le caractère contradictoire de la procédure en droit civil, c'est-à-dire par « *le caractère d'une procédure dans laquelle les parties ont, à titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction* »⁷⁷³. Le Code de procédure civile s'ouvre justement sur ce principe⁷⁷⁴ interprété par la Cour de cassation comme l'interdiction faite aux cours et aux tribunaux de « se saisir d'office »⁷⁷⁵. Ainsi, devant la Cour de cassation comme devant les juridictions inférieures, ce sont les parties, généralement représentées par des avocats, qui saisissent les juridictions et qui peuvent d'ailleurs décider de se raviser⁷⁷⁶. La Cour de cassation est donc tribunaire, pour exercer ses compétences interprétatives, de l'exercice d'un pourvoi qui dès sa déclaration, doit en principe revêtir la signature d'un avocat aux Conseils⁷⁷⁷.

263. Le monopole de représentation accordé aux avocats aux Conseils - Si l'avocat à la Cour de cassation peut plaider devant les juridictions du fond⁷⁷⁸, sa mission première est en effet de défendre l'intérêt de ses clients devant la Cour de cassation. À cet effet et comme

⁷⁷² R. Paour, « Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes », *Revus*, n°21, 2013, p. 208 : l'auteur a proposé de distinguer les acteurs juridiques selon qu'ils sont compétents ou non pour s'autosaisir : « *Il importe de déterminer également si la compétence pour produire l'énoncé juridique peut être employée à tout moment et sur décision de l'acteur lui-même. Tel n'est pas par exemple le cas de l'intervention des organes juridictionnels qui est conditionnée par l'exercice d'un recours* ».

⁷⁷³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Contradictoire.

⁷⁷⁴ Art. 1^{er} du CPC : « *Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi* ». Encore faut-il noter que c'est la Cour de cassation qui est chargée d'interpréter ces dispositions qui sont censées s'imposer pourtant à l'ensemble des juridictions, c'est-à-dire également à elle. Voici une nouvelle manifestation de ce que les énoncés textuels ne produisent aucune norme mais simplement des prescriptions auxquelles la Haute juridiction, disposant du dernier mot, peut se soustraire.

⁷⁷⁵ Civ. 2^{ème}, 29 nov. 1963, *Bull. civ.* II, n°787.

⁷⁷⁶ C'est le cas par ex. en cas de désistement ou de la déchéance du pourvoi, soit parce que la partie à l'origine du recours choisit finalement, souvent sur les conseils d'un avocat aux Conseils, de ne pas contester la décision des juges du fond, soit parce que les parties décident, au stade de la cassation, d'une transaction. Sur ce dernier point cf. *infra* n°290.

⁷⁷⁷ V. par ex : Soc., 14 oct. 1998, n°95-41.763 et n°95-42.912, *Bull. civ.* V, n° 422.

⁷⁷⁸ Les avocats à la Cour de cassation ne font *a priori* jamais usage de cette faculté afin de préserver le monopole dont ils disposent, cf. *supra* n°10.

nous l'avons déjà expliqué, il dispose d'un monopole de représentation qui n'a cessé de s'élargir ces dernières années⁷⁷⁹. Dans le cadre d'un pourvoi ordinaire, il intervient quasi-systématiquement avant que la Cour de cassation ne rende sa décision en matière civile. Ainsi, ce monopole lui permet de jouer un rôle prépondérant dans le déclenchement des compétences de la Haute juridiction. Si le pourvoi entraîne systématiquement une réaction de la Cour de cassation, le pourvoi n'est pas toujours instruit par un avocat aux Conseils en ce sens qu'une décision de la Cour de cassation peut faire suite à un discours produit par un autre acteur.

2. Les tempéraments au lien de dépendance

264. L'exercice d'un pourvoi sans avocat aux Conseils - En de très rares hypothèses, la décision de la Cour de cassation ne succède pas à un discours de l'avocat aux Conseils. Il s'agit de cas de figure dans lesquels ce sont les parties ou les membres du parquet qui exercent un pourvoi en l'absence de ces avocats spécialisés.

En cas de pourvoi ordinaire, nous avons déjà fait remarquer que certaines matières échappaient encore au monopole, laissant aux parties la possibilité de se défendre elles-mêmes ou de recourir à d'autres représentants que l'avocat aux Conseils⁷⁸⁰. En dehors du fait que le domaine de ces exceptions tend à se réduire comme peau de chagrin, rien n'empêche par ailleurs les parties de solliciter quand même l'assistance de l'avocat spécialisé.

Bien que très exceptionnelle, l'hypothèse du pourvoi extraordinaire s'analyse également comme un tempérament au lien de systématisme entre le discours étudié et celui de la Cour de cassation. Le ministère public peut en effet, par l'intermédiaire de l'un de ses représentants, se pourvoir contre une décision des juges du fond dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir. Dans la première hypothèse, les parties ne sont même pas attirées à la procédure de cassation, la décision d'appel s'imposant à elles. Dans la seconde, elles le sont sans être tenues de constituer avocat à la Cour de cassation. Rien ne les empêche toutefois de recourir à ses services. Quoiqu'il en soit, ces recours spéciaux restent très marginaux d'un point de vue statistique. En 2014 par exemple, ils représentaient moins d'un pour cent des procédures de cassation engagées en matière civile⁷⁸¹.

⁷⁷⁹ Cf. *supra* n°10.

⁷⁸⁰ Cf. *supra* n°10.

⁷⁸¹ La recherche statistique a été menée sur *Légifrance*. Sur 8524 décisions concernées, 42 décisions font suite à l'exercice d'un pourvoi extraordinaire (38 conséquemment à un pourvoi dans l'intérêt de la loi et 4 conséquemment à un pourvoi pour excès de pouvoir).

265. Propos conclusifs - Ainsi, même s'il connaît quelques limites, le lien de dépendance entre le discours étudié et la décision de la Cour de cassation est réel. C'est dire si l'avocat aux Conseils joue un rôle essentiel d'un point de vue théorique, puisqu'il est, la plupart du temps, à l'origine du déclenchement des compétences de la Cour suprême. Mais son influence ne porte pas uniquement sur l'existence d'une décision de la Cour de cassation, elle se déploie également au niveau de son contenu.

B. L'action du discours sur le contenu de l'interprétation authentique

266. Précisions préalables sur le contenu du discours de l'avocat aux Conseils - Si comme tous les discours dogmatiques, le discours de l'avocat contient des prescriptions en vue d'influencer les autorités normatives, il est le seul à être directement adressé à un organe habilité à produire des normes en vigueur : la Cour de cassation. Ainsi, il est en position d'agir sur le contenu de l'interprétation authentique. Pour mesurer les formes d'action de ce discours, une précision relative aux éléments compris dans le discours de l'avocat aux Conseils s'impose. Plus précisément, il faut dire quelques mots de la structure du moyen de cassation pour en mesurer la portée⁷⁸². Bien souvent, le moyen de cassation est résumé à son élément le plus manifeste, à savoir la critique juridique adressée à la décision contestée, à partir de laquelle l'avocat recommande une interprétation législative qui vient concurrencer celle qu'avait retenue les juges du fond⁷⁸³. Pourtant, tout moyen de cassation commence toujours par l'exposé du dispositif critiqué et des motifs qui l'accompagnent de sorte qu'à côté de la solution recommandée par l'avocat, se trouve celle qu'avait retenue la juridiction inférieure. Ainsi envisagé, le moyen de cassation est susceptible d'une double action.

267. Le discours de l'avocat aux Conseils, une simple influence - D'abord et à l'évidence, dans la mesure où il recommande à son interlocuteur le choix d'une interprétation législative en particulier, l'avocat aux Conseils s'emploie à agir sur la décision finale

⁷⁸² Comme nous l'avons initialement précisé, le discours de l'avocat aux Conseils ici étudié est celui contenu dans les moyens de cassation (la procédure en cassation peut exister en l'absence de défendeur, et lorsqu'un défendeur est présent, les arguments présentés par son avocat ne sont pas présentés dans l'arrêt de la Cour de cassation et se contentent bien souvent de réaffirmer et de défendre la solution des juges du fond).

⁷⁸³ V. par ex. : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Moyen de cassation : « se dit principalement des raisons de droit invoquées par un plaideur au soutien d'un pourvoi ». Pour une présentation plus détaillée, cf. *infra* n°280.

conformément à l'intérêt de son client. Bien sûr, la Cour de cassation reste libre d'opter pour une autre interprétation de la loi. Elle peut se montrer sensible à celle qu'avait retenu les juges du fond ou encore, mais plus rarement opter pour une interprétation à laquelle ni l'avocat du demandeur, ni les juges du fond n'avait pensé⁷⁸⁴. Aussi s'agit-il d'une simple influence exercée par la solution prescrite sur le choix de l'interprète authentique. Influence qui est par ailleurs difficile à mesurer avec précision. Certes, on peut présumer qu'un arrêt de cassation, dès lors qu'il s'appuie sur l'une des critiques adressées par l'avocat du demandeur, est révélateur de ce que la Haute juridiction a été influencée par l'activité prescriptive du représentant. Mais rien ne permet de savoir à quel point la recommandation de l'avocat a été décisive dans le choix de la Cour de cassation puisque le secret du délibéré empêche de connaître ce qui l'a précisément convaincue.

268. Le discours de l'avocat aux Conseils, une contrainte juridique - Cela ne signifie pas pour autant que le discours de l'avocat aux Conseils, tel qu'il est formulé dans les moyens de cassation, ne produit aucune contrainte. Dès lors que le moyen en cassation rapporte la solution retenue par les juges du fond et présente une solution concurrente, il est à l'origine d'une situation contraignante pour son interlocuteur. Sans entrer dans la démonstration qui sera spécifiquement consacrée à cette question⁷⁸⁵, il est d'ores et déjà possible d'en expliquer les soubassements théoriques. La *théorie des contraintes juridiques*, complément de la *théorie réaliste de l'interprétation*⁷⁸⁶, se donne comme objectif d'étudier l'ensemble des contraintes juridiques qui pèsent sur l'interprète authentique⁷⁸⁷. Autrement dit, ce n'est pas parce que la Cour de cassation n'est pas *obligée juridiquement* d'adopter telle ou telle solution, qu'elle n'en est pas *juridiquement contrainte* de le faire. Sa rationalité la conduit effectivement à opter pour une interprétation déterminée à partir de contraintes plus ou moins fortes et en fonction de ses intérêts⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Sur les techniques de substitution de moyens et de motifs cf. *infra* n°351 et s.

⁷⁸⁵ Cette démonstration est au cœur du premier titre de la deuxième partie.

⁷⁸⁶ Comme ses promoteurs l'affirment : « *La théorie des contraintes juridiques, se développe, et ne peut se développer, qu'à partir d'une théorie réaliste de l'interprétation* » : P. Brunet et V. Champeil-Desplats, « La théorie des contraintes face à la théorie des sources du droit », in Cartusel, H. Dumont, Ph. Gérard (dir.) [et al.], *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 394.

⁷⁸⁷ M. Troper, V. Champeil-Desplats et Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005.

⁷⁸⁸ La Cour de cassation est un *homo juridicus*, c'est-à-dire un agent rationnel, pleinement informé, qui souhaite préserver et optimiser son pouvoir institutionnel. V. M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats et C. Grzegorzczak (dir.), *La théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 16.

Partant de ces postulats, la question qui anime cette étude est de savoir si le discours de l'avocat aux Conseils peut être à l'origine de *contraintes juridiques* pesant sur la liberté de choix de la Cour de cassation. Les contraintes juridiques sont « *des données juridiques dont le juge (...) doit tenir compte* »⁷⁸⁹, des situations de fait qui le poussent « *à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une autre ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère* »⁷⁹⁰. Ainsi, ceux qui peuvent produire des contraintes juridiques sont ceux qui peuvent agir sur la configuration du système juridique, c'est-à-dire les acteurs qui jouissent d'une compétence juridiquement reconnue. C'est le cas de l'avocat aux Conseils qui est habilité à produire des prescriptions en vue d'influencer la Cour de cassation⁷⁹¹. La question devient alors celle de savoir si un discours (celui de l'avocat) est susceptible de produire des *contraintes juridiques*. Les auteurs de la théorie des contraintes juridiques expliquent que ce n'est pas le discours d'un agent juridique en tant que tel qui contraint son destinataire mais les situations de faits qu'il est susceptible de produire⁷⁹². Ainsi, et comme nous l'avons signalé ce n'est pas parce que l'avocat A soutient une interprétation *x* que l'interprétation *x* constitue en tant que telle une contrainte. En revanche, en mettant en perspective dans son argumentation deux interprétations concurrentes de la loi, celle retenue par les juges du fond et celle dont il est l'auteur, l'avocat est à l'origine d'une configuration particulière puisqu'il place la Cour de cassation face à un nombre limité de choix possibles. En proposant une interprétation législative concurrente de celle que le pourvoi critique, il met la Cour suprême « *dans une situation telle que, parmi tous les choix que son pouvoir discrétionnaire permet, seul un ou quelques-uns apparaissent*

⁷⁸⁹ M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p. 29 et s., rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 329, spéc. p. 343.

⁷⁹⁰ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁹¹ *Ibid.*, p. 13 : Le système juridique est défini comme celui qui « *est composé d'un ensemble d'énoncés à fonction prescriptive produit par les acteurs juridiques* » et les acteurs juridiques sont « *ceux qui sont désignés comme tels par le système juridique* » (ces définitions supposent que certains acteurs se soient préalablement auto-désignés comme appartenant au système juridique, les constituants par exemple, avant d'attribuer cette qualité à d'autres acteurs). Partant, les avocats aux Conseils sont des acteurs juridiques puisqu'ils sont reconnus par les énoncés législatifs (v. par ex. art. 973 du CPC) et les interprétations juridictionnelles authentiques (les noms des avocats aux Conseils concernés par l'affaire sont systématiquement rapportés dans les arrêts de la Cour de cassation), sur ce point cf. *supra* n°77. La mention du nom des avocats dans les arrêts de la juridiction corrobore l'idée selon laquelle les avocats aux Conseils sont systématiquement associés à l'activité décisionnelle de la Cour de cassation.

⁷⁹² V. sur ce point P. Brunet et V. Champeil-Desplats, « La théorie des contraintes face à la théorie des sources du droit », in Y. Cartusel, H. Dumont, Ph. Gérard (dir.) [et al.], *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 387-428, spéc. p. 398 : *les contraintes qu'il s'agit de repérer ne sont pas ces discours eux-mêmes mais un ensemble de faits constitués, d'interprétations, de raisonnements, d'argumentations forgés à partir de ces discours et qui en produisent d'autres. Les contraintes sont donc des éléments de fait qui conduisent à produire des discours spécifiques* ».

[rationnellement] possibles »⁷⁹³ : accueillir l'une ou l'autre des interprétations. Ce n'est que pour des raisons précises que nous aborderons dans la prochaine partie, que la Cour de cassation s'émancipera de ce choix binaire dans lequel elle est généralement contrainte de s'enfermer.

Ainsi, rien ne s'oppose *a priori* à ce que le discours de l'avocat aux Conseils puisse constituer un objet d'étude de *la théorie des contraintes juridiques*. Si l'ambition de cette théorie est d'expliquer pourquoi la jurisprudence s'inscrit dans un mouvement globalement prévisible et cohérent, l'étude des effets du discours de l'avocat aux conseils, qui est un discours dogmatique opératif singulier, sur la liberté de l'interprète authentique apparaît même incontournable.

*
* *

⁷⁹³ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 13.

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

269. Le discours de l'avocat, un discours opératif singulier - Le discours de l'avocat aux Conseils est *opératif* en ce sens qu'il est produit à l'occasion d'un contentieux et en vue de le résoudre. C'est l'enseignement du premier chapitre. De ce point de vue, bien qu'il se différencie du travail doctrinal, le travail du praticien se confond avec celui du justiciable, de l'avocat à la Cour, des juridictions du fond ou encore avec celui du conseiller-rapporteur ou de l'avocat général dès lors qu'ils interviennent tous à l'occasion d'une procédure juridictionnelle. Pour que la nature du discours de l'avocat aux Conseils soit précisée de manière décisive, il fallait encore démontrer qu'il ne s'agit pas d'un discours opératif comme les autres.

270. Un discours connecté à l'interprétation authentique - Sa spécificité provient des liens qu'il entretient avec l'interprète authentique. Afin d'assurer le succès de la prétention de son client, l'avocat du demandeur au pourvoi se soumet, dans la production de son discours, à un ensemble de contraintes qui lui sont imposées par la Cour de cassation.

Par ailleurs, s'il n'est pas le seul à agir selon la volonté de la Haute juridiction, l'avocat aux Conseils est le seul qui s'adresse, sans intermédiaire, à cet interprète authentique. Contrairement aux avocats à la Cour ou aux juges du fond par exemple, il intervient en effet à l'issue de la chaîne des discours opératifs produits à l'occasion d'un litige et juste avant que la Cour de cassation ne se prononce.

Sa spécificité provient enfin, et conséquemment, de l'action qu'il exerce sur la liberté de la Cour de cassation, qui n'est en réalité ni maître de ses questions, ni totalement libres de ses réponses. Les problèmes d'interprétation qu'elle devra résoudre lui sont en effet posés par l'avocat dans le pourvoi qui lui présentera également deux réponses concurrentes, à charge pour elle d'effectuer un choix qui se tient généralement l'intérieur de ce cadre de possibilités.

*
* *

CONCLUSION DU DEUXIÈME TITRE

271. Démontrer que l'interprétation de l'avocat aux Conseils est un acte qui procède de la volonté et non de la connaissance de son auteur est une chose, démontrer qu'elle n'est pas un acte de volonté comme les autres en est une autre. C'était l'objet du présent titre.

272. Un discours dogmatique opératif - Selon la *TRI*, il existe une multitude d'actes de volonté. Certains produisent seulement des prescriptions de normes applicables, d'autres des normes en vigueur. C'est la distinction entre les interprétations dogmatiques et les interprétations authentiques c'est-à-dire pour ce qui nous intéresse, les interprétations de la Cour de cassation. Le discours de l'avocat aux Conseils relève de l'activité dogmatique car il a pour fonction de recommander à son destinataire une norme applicable sans que son auteur n'ait le pouvoir de l'imposer.

Cette aptitude prescriptive n'est pas propre à l'avocat à la Cour de cassation. Les membres de la doctrine universitaire, les avocats à la cour, les juridictions du fond produisent également des discours prescriptifs. C'est ce qui a été par ailleurs jusqu'ici retenu par le normativisme kelsénien et le réalisme tropérien qui confondent la dogmatique doctrinale (principalement produite par les universitaires) et la dogmatique de l'avocat.

Il a donc fallu rechercher au sein-même de la catégorie de la dogmatique des distinctions permettant de préciser encore davantage la nature du discours étudié. C'est ici que la dichotomie entre *discours doctrinal* et *discours opératif* se révèle très utile. Basée sur le contexte de l'interprétation, elle met en valeur la dualité des discours dogmatiques. D'un côté, on trouve ceux qui sont produits à l'occasion d'un litige (*opératifs*) ; de l'autre, ceux qui sont produits en dehors de tout contentieux (*doctrinaux*). Le discours de l'avocat aux Conseils prend alors ses distances avec le discours doctrinal. Intervenant à l'occasion d'un contentieux, il s'inscrit dans une chaîne de discours également *opératifs*, (comme celui des avocats à la Cour, des juridictions du fond, des avocats généraux etc.) qui prépare l'interprétation authentique.

273. Un discours dogmatique opératif singulier - Il ne se confond pourtant pas avec ces autres discours opératifs au regard de sa position chronologique. Il intervient en effet après que les juridictions du fond ont rendu une décision contestée et avant que la Cour de cassation ne se prononce sur le bien-fondé de cette décision. Le discours de l'avocat aux Conseils est donc adressé à un acteur très particulier : l'interprète authentique, c'est-à-dire à celui qui, conformément à la *TRI*, crée des normes.

Aux liens chronologiques entre le discours étudié et l'interprétation authentique s'ajoutent des liens contraignants. Pour être recevable, le premier doit répondre à des exigences instaurées par la Haute juridiction. Cette circonstance n'empêche pas le professionnel d'agir à son tour sur la liberté de la Cour de cassation, qui est en effet chargée de répondre à son pourvoi. Il joue d'abord un rôle essentiel dans le déclenchement de ses compétences puisque la Cour de cassation n'a pas la possibilité de s'autosaisir. Il agit ensuite sur le contenu de la décision finale. Si l'influence de la solution qu'il préconise est variable et difficile à déterminer, son discours est systématiquement à l'origine d'une situation de fait qui contraint les possibilités d'action de la Cour suprême. L'avocat ne fait pas que prescrire une interprétation législative conforme aux intérêts de son client, il choisit également la partie de la décision qu'il entend critiquer en la reproduisant dans ses moyens. Deux solutions concurrentes sont donc relayées par le pourvoi, à charge pour la Cour de cassation de trancher.

274. En définitive, le discours de l'avocat aux Conseils est constitutif d'un acte de volonté pré-authentique qui gagne à être étudié du point de vue interne, c'est-à-dire du point de vue de ses effets sur le système juridique. C'est en effet dans le rapport privilégié qu'il entretient avec la Cour de cassation qu'il acquiert une véritable autonomie conceptuelle et un intérêt théorique indéniable. En quelques mots, dans ce deuxième titre, il a été proposé une théorie des discours dogmatiques, laquelle a permis d'isoler un discours dogmatique singulier, celui de l'avocat aux Conseils. Ce discours présente en effet des qualités ontologiques spécifiques qui invite à en mesurer les potentialités contraignantes sur l'interprète authentique.

*
* *

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

275. L'étude de la nature du discours de l'avocat aux Conseils, tel qu'il s'exprime dans les moyens de cassation, est un préalable indispensable à l'étude de ses effets sur l'œuvre décisionnelle de la Cour de cassation.

276. Première démarche - Dans la mesure où le discours de l'avocat aux Conseils contient une interprétation d'un énoncé textuel, la première démarche de l'étude a consisté à étudier cet acte d'interprétation à l'aune de la distinction, bien connue des théoriciens du droit, entre *interprétation comme acte de volonté* et *interprétation comme acte de connaissance*. Cette mise en perspective est utile et éclairante.

Elle est utile parce qu'elle n'avait jamais été faite. Les principaux mouvements positivistes, à savoir le normativisme kelsénien et le réalisme tropérien, n'accorde à l'interprétation de l'avocat que des développements incidents.

Elle est éclairante pour deux raisons. La première, c'est qu'elle permet de révéler les limites de la conception kelsénienne. Si ces deux écoles de pensée retiennent en effet que cette interprétation est un acte de pure volonté, l'opération par laquelle elles y parviennent est fondamentalement différente. Kelsen considère que l'interprétation est tantôt un acte de connaissance, tantôt un acte de volonté, tantôt les deux à la fois. Alors que l'interprétation de l'avocat est appréhendée seulement comme un acte de volonté, celle du juge associe au contraire un acte de connaissance à un acte de volonté. Si cette dualité propre à la nature de l'interprétation judiciaire a déjà été discutée par de nombreux universitaires, elle se dévoile encore plus paradoxale lorsqu'elle est comparée à la qualification kelsénienne de l'interprétation de l'avocat. Il est en effet contradictoire de reconnaître à l'interprétation judiciaire un caractère mixte et d'affirmer dans le même temps que celle de l'avocat ne peut être qu'un acte de volonté. Cette contradiction, qui repose sur une surestimation de la fonction judiciaire, ne saurait être résolue par Kelsen sans que ne soit invalidée la définition normativiste du droit.

Au contraire, Michel Troper retient une conception moniste de l'interprétation : l'interprétation est toujours un acte de volonté. Il n'opère aucune distinction qui serait fondée sur la qualité de l'auteur de l'interprétation et l'interprétation de l'avocat reçoit alors, au même titre que celle du juge ou de l'universitaire, une qualification unique, celle d'un acte de

volonté. Or, cette qualification, et le postulat de liberté de l'interprète qui l'accompagne, trouvent pleine résonance dans la pratique. L'avocat est effectivement libre d'interpréter les textes comme il le souhaite, à condition de respecter un certains nombres de contraintes dont la méconnaissance l'empêcherait d'atteindre son but : le succès de la prétention représentée.

L'étude de la perception par les mouvements normativiste et réaliste du discours de l'avocat apporte un deuxième éclairage. Il n'apparaît pas intéressant d'étudier le discours de l'avocat en adoptant une définition kelsénienne du droit. Pour le père du normativisme, le droit doit être rigoureusement détaché des actes de volonté qui en sont à l'origine. Peu importe que le législateur ou le juge ait souhaité attribuer à un texte telle ou telle signification, seule compte la signification objective dont est dotée le fruit de leur travail. Dans ce contexte, et même si l'on admettait que cette signification objective était accessible à la connaissance, l'interprétation de l'avocat, qui n'est qu'un acte de volonté, ne saurait être étudiée par la science du droit, puisqu'elle se situerait en dehors de son objet.

La définition du droit par la théorie réaliste de l'interprétation présente en revanche plus de pertinence et d'intérêt lorsqu'on s'engage dans une étude du discours de l'avocat aux Conseils. Selon cette conception, le droit correspond aux interprétations des textes effectuées par les interprètes authentiques, c'est-à-dire, concernant l'ordre judiciaire, aux interprétations de la Cour de cassation. Une telle définition place donc l'avocat aux Conseils, l'auteur du discours étudié, au plus près de l'auteur de la norme. Par ailleurs et peut-être surtout, Michel Troper retient une définition de la science qui confère au discours étudié une dimension que l'ontologie de Kelsen n'aurait pas permis de révéler. Michel Troper admet en effet que si la science doit, conformément à la position de Kelsen, décrire le droit, elle peut également expliquer le processus qui conduit au droit. Or, il semble que le discours de l'avocat aux Conseils, dans la mesure où il intervient quasi-systématiquement avant celui de la Cour de cassation, prend une part importante dans ce processus qui conduit à l'interprétation authentique.

277. Deuxième démarche - Pour le démontrer, et c'était la deuxième démarche de l'étude de la nature du discours l'avocat aux Conseils, nous avons comparé le discours de l'avocat aux Conseils avec l'ensemble des discours auxquels il est généralement assimilé, ce qui nous a permis de prouver que ce discours était pourvu d'un certain nombre de caractéristiques qui en faisaient un discours en mesure d'exercer une action particulière sur l'activité décisionnelle de la Cour de cassation. Le fruit de ce travail de comparaison est restitué dans les deux tableaux suivants.

278. Tableau n°1 : Présentation générale des discours juridiques

Nature	Discours dogmatique	Discours authentique	Discours scientifique
Fonction	Prescrire	Prescrire	Décrire
Contexte	<i>Dogmatique opérative</i> : procès <i>Dogmatique doctrinale</i> : hors procès	Procès	Hors procès
Résultat	Norme applicable	Norme en vigueur	Proposition vérifiable

279. Tableau n°2 : Présentation spécifique du discours de l'avocat aux Conseils

	Discours de l'avocat aux Conseils	Distinctions avec les autres discours
Nature	Dogmatique	Par opposition au discours scientifique et authentique
Fonction	Prescrire	Par opposition au discours scientifique
Contexte	Le procès = discours dogmatique opératif	Par opposition au discours scientifique et au discours dogmatique doctrinal
Enjeu	Prédéterminé : le succès de la prétention du client représenté	Par opposition au discours scientifique, au discours authentique, au discours doctrinal et au discours opératif juridictionnel.
Objet	Une décision des juges du fond rendue en dernier ressort	Par opposition au discours scientifique et aux discours opératifs antérieurs au pourvoi
Support	Pourvoi, moyens de cassation	Par opposition à tous les autres discours
Résultat	Norme applicable	Par opposition au discours scientifique et au discours authentique.
Interlocuteur	Prédéterminé : la Cour de cassation	Par opposition au discours doctrinal, au discours scientifique et aux autres discours opératifs.

**DEUXIÈME PARTIE : LA PORTÉE
CONTRAIGNANTE DU DISCOURS**

280. Propos liminaires sur la structure d'un moyen de cassation - Le discours de l'avocat aux Conseils est un acte de volonté préparant l'interprétation authentique. S'adressant à la Cour de cassation, son auteur cherche à influencer le dénouement du litige. Indépendamment des enjeux particuliers poursuivis par cet acteur, on peut tenter d'en étudier la portée objective sur la décision de la Haute juridiction. À première vue, une telle entreprise apparaît périlleuse puisque, comme le retient la *théorie réaliste de l'interprétation*, la Cour de cassation est libre d'interpréter les lois comme elle le souhaite. Dans ce contexte, on peine à imaginer que l'avocat aux Conseils puisse exercer quelque action sur la liberté de choix de la juridiction. Certes, on ne peut nier que l'avis du représentant est déterminant dans le déclenchement des compétences de la Cour de cassation⁷⁹⁴, mais une fois saisie, la Cour semble jouir d'une autonomie totale dans l'élaboration de sa décision. Pourtant, une étude plus approfondie du pourvoi et en particulier de la structure des moyens qui le soutiennent ouvre sur des perspectives d'explication du processus décisionnel qu'un survol rapide n'aurait pas permis de soupçonner.

Le moyen en cassation est généralement présenté comme une raison de droit invoquée à l'appui d'un pourvoi⁷⁹⁵. Cette définition est pourtant incomplète. Dans la mesure où il est dirigé contre une décision des juges du fond, le moyen de cassation débute toujours par la partie de la décision qu'il critique, à savoir l'élément du dispositif contesté ainsi que les motifs qui le soutiennent. Ainsi, comme nous le verrons, il n'est pas seulement constitué de l'interprétation législative défendue par l'avocat aux Conseils, il reproduit également celle retenue par les juges du fond. Autrement dit, le moyen peut être envisagé *lato sensu*, comme la mise en perspective de deux solutions concurrentes tendant à résoudre le problème juridique relayé par un pourvoi. *Stricto sensu*, il correspondra alors uniquement à la solution de droit préconisée par l'avocat en vue d'obtenir la cassation de la décision choisie par les juges du fond. Ces précisions permettent de comprendre l'enjeu de la prochaine partie consacrée à la portée du discours de l'avocat aux Conseils.

⁷⁹⁴ Sans pourvoi, pas de décision ; l'avocat participe en effet au déclenchement des compétences de la juridiction et se trouve ainsi souvent, mais pas systématiquement, à l'origine de la saisine de la Cour de cassation. Même s'il recommande au client, à l'issue d'une consultation avant-pourvoi, d'exercer ou pas le recours, c'est en effet le mandant qui reste maître de ce choix, cf. *supra* n°12. Par ailleurs, le pourvoi dans l'intérêt de la loi et le pourvoi pour excès de pouvoir ne sont pas exercés par l'avocat aux Conseils : cf. *supra* n°10 et n°264.

⁷⁹⁵ V. par ex. : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Moyen de cassation : « se dit principalement des raisons de droit invoquées par un plaideur au soutien d'un pourvoi ».

281. Dans son acception la plus large, le moyen en cassation, dès lors qu'il véhicule deux solutions concurrentes pour répondre à la question de droit posée à la Cour de cassation, prédétermine en amont le périmètre de la décision finale. Autrement dit, il fixe un cadre à la décision de la Haute juridiction. Si ce cadre n'est pas obligatoire, nous démontrerons qu'il est en revanche contraignant au sens de la *théorie des contraintes juridiques* (**Titre 1**).

Dans son acception restreinte, le moyen en cassation, qui ne correspond qu'à la solution recommandée par l'avocat du demandeur, n'emporte évidemment à elle seule aucune contrainte, mais vise à orienter le sens de la décision finale en vue de satisfaire l'intérêt du client (**Titre 2**).

TITRE 1. UN DISCOURS DÉLIMITANT UN CADRE À LA DÉCISION

282. Toute décision de la Cour de cassation intervient dans un processus particulier qui vient limiter la liberté de la juridiction. Déjà et contrairement au législateur, la Haute juridiction ne saurait s'autosaisir : seul l'exercice d'un pourvoi peut déclencher ses compétences. Par ailleurs, une fois déclenchées, les compétences de la Cour de cassation ne se déploient pas sans limite. Non seulement, l'avocat aux Conseils, représentant des intérêts du demandeur, sélectionne les questions juridiques qui seront portées au débat de cassation, mais il leur apporte également des réponses qui viennent concurrencer celles retenues par les juges du fond. L'étude attentive du pourvoi et des moyens qui le soutiennent révèle en effet que l'avocat aux Conseils choisit les parties de la décision qu'il entend critiquer. Ces éléments contestés sont alors reproduits dans les moyens de cassation qui fournissent également à la Haute juridiction une solution alternative à celle des juges du fond. Ainsi, le discours étudié prédéfinit un cadre à l'activité interprétative de la Cour de cassation, c'est-à-dire qu'il met la juridiction face à deux choix possibles, valider l'interprétation retenue par les juges du fond en rejetant le pourvoi, ou valider celle recommandée par l'avocat en cassant l'arrêt qui lui est déféré (**Chapitre 1**).

Si ce cadre n'est pas obligatoire, il produit et relaie des contraintes qui conduisent la Cour de cassation à l'appliquer la plupart du temps. Bien sûr, la Cour de cassation dispose d'outils lui permettant de redéfinir le périmètre de son intervention, mais nous verrons qu'elle fait un usage extrêmement modéré de cette liberté, se limitant généralement à effectuer un choix entre deux solutions dont elle n'est pas l'auteur (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LA PRÉDÉTERMINATION D'UN CADRE INTERPRÉTATIF PAR L'AVOCAT AUX CONSEILS

283. « *Trancher, c'est cerner de façon précise ce sur quoi porte le pourvoi en cassation* »⁷⁹⁶. Le conseiller à la Cour de cassation Pierre Sargos insiste ici sur l'importance du pourvoi dans la compréhension de la mission de la Cour de cassation. Or, le rôle de l'avocat dans le déclenchement de cette voie de recours est essentiel. En définissant précisément la partie de la décision qu'il entend critiquer et en développant des moyens de cassation, l'avocat prédétermine effectivement un cadre à l'intérieur duquel la Cour de cassation pourra exercer ses compétences. C'est ce qu'une approche empirique du cadre révélera (**Section 1**).

Pourtant, cette réalité ne trouve aucun ancrage en théorie du droit. Ni les normativistes, ni les réalistes ne lui ont témoigné d'intérêt. Cette carence est d'autant plus regrettable qu'elle repose sur une représentation idéalisée de la fonction de juger. Comment s'intéresser aux décisions des Cours suprêmes sans prendre en considération le processus à l'issue duquel elles ont été prises et, plus particulièrement, l'entremise assurée par l'avocat aux Conseils ? C'est en raison de ces lacunes qu'il convient d'assortir notre approche empirique du sujet d'une démarche théorique (**Section 2**).

Section 1. La réalité du cadre

284. Dans quelle mesure les avocats aux Conseils définissent-ils un cadre à l'intérieur duquel les compétences de la Cour de cassation pourront s'exercer ? La réponse à cette question est à rechercher dans les fonctions qui leur sont attribuées. On a vu qu'ils jouaient un rôle dans l'exercice d'un pourvoi en évaluant ses chances de succès⁷⁹⁷ mais également dans l'élaboration des moyens de cassation⁷⁹⁸. Or, dans un cas comme dans l'autre, leur travail circonscrit l'action de la Cour de cassation. En exerçant un pourvoi au profit de leur client, ils définissent d'abord ce sur quoi la Cour de cassation va exercer ses compétences juridictionnelles, c'est-à-dire les éléments d'une décision qui seront mis en débat devant elle. Ce faisant, ils circonscrivent l'étendue des compétences de la juridiction (§1).

⁷⁹⁶ P. Sargos, « La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire », in *L'office du juge, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat*, Paris, 2006, [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 321.

⁷⁹⁷ Cf. *supra* n°12.

⁷⁹⁸ Sur la liberté de l'avocat aux Conseils dans l'élaboration des moyens de cassation, cf. *supra* n°95 et s.

En développant des moyens de cassation, ils délimitent ensuite le champ de l'interprétation authentique à venir (§2).

§1. L'incidence du pourvoi sur l'étendue des compétences de la Cour de cassation

285. Le pourvoi est un mécanisme permettant à la Cour de cassation d'exercer ses compétences, les organes juridictionnels ne sauraient en effet, à la différence du législateur, s'autosaisir⁷⁹⁹. De manière générale, le lien qui existe entre un recours et l'exercice par une juridiction de ses compétences s'appelle *l'effet dévolutif*. Concernant plus particulièrement le pourvoi, l'existence de cet effet dévolutif est débattue en doctrine et mérite, à ce titre, une attention particulière, car lorsque nous aurons montré que cet effet dévolutif existe (A), nous pourrions expliquer comment il peut être maîtrisé par l'avocat aux Conseils (B).

A. La dévolution de compétence opérée par le pourvoi

286. L'effet dévolutif du pourvoi en question - Selon Gérard Cornu, l'effet dévolutif est l'« *effet produit par certaines voies de recours (appel, opposition) qui, remettant en question une chose jugée, en défèrent la connaissance à la juridiction du recours avec pouvoir et obligation pour elle de statuer à nouveau en fait et en droit sur tous les points qu'elles critiquent dans la décision attaquée (et sur ces points seulement)* »⁸⁰⁰. À la lecture de cette définition, tout porte à penser qu'il n'existe pas d'effet dévolutif du pourvoi, puisque la Cour de cassation, sentinelle de la loi, ne statue pas sur les faits. Pourtant, loin de faire l'unanimité, la question de l'effet dévolutif du pourvoi fait l'objet d'un débat doctrinal qui s'articule principalement autour de deux points.

287. L'étendue de la dévolution, une dévolution restreinte - Le premier point consiste à se demander si la dévolution opérée par le recours doit être totale pour exister. En d'autres termes, l'effet dévolutif suppose-t-il que la juridiction saisie par le recours ait entière compétence pour connaître du litige ? Un courant doctrinal répond positivement et considère

⁷⁹⁹ Cf. *supra* n°262.

⁸⁰⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Dévolutif (effet).

que « la Cour de cassation vérifiant exclusivement la conformité des décisions qui lui sont déferées à la règle de droit, le pourvoi en cassation n'a pas d'effet dévolutif »⁸⁰¹.

Une position inverse, initiée par le doyen Héron, tend à démontrer que « pour répandue qu'elle soit, cette formule [tenant à contester l'effet dévolutif du pourvoi] n'en est pas moins fausse. Le pourvoi en cassation a nécessairement un effet dévolutif (...). Ce qui est vrai, c'est qu'il ne s'opère pas la même dévolution devant la Cour de cassation que devant une cour d'appel ; elle est moins complète »⁸⁰². Les promoteurs d'une telle analyse expliquent que la différence entre l'effet dévolutif de l'appel et du pourvoi repose simplement sur son étendue : « l'appel entraîne la dévolution de l'affaire en fait et en droit alors que le pourvoi n'entraîne la dévolution de l'affaire qu'en droit »⁸⁰³. Acquiesçant à cette analyse, Jacques et Louis Boré la poussent encore plus loin, en précisant que « c'est bien l'entier litige qui est dévolu à la Cour de cassation, mais le pouvoir de juridiction de celle-ci étant limité aux questions de droit, elle est liée par toutes les appréciations de fait qui résultent de l'arrêt attaqué »⁸⁰⁴.

Cette dernière position emporte incontestablement notre conviction puisqu'à la différence de la première, elle repose sur une observation du droit positif. La position de Serge Guinchard, partagée par Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland, a ceci de dogmatique qu'elle prend appui sur une signification doctrinale de la notion qui est, par essence, invérifiable. Autrement dit, c'est parce que les auteurs postulent que l'effet dévolutif n'existe qu'en cas de dévolution totale qu'ils peuvent soutenir le principe de l'effet non dévolutif du pourvoi. Or, la circonstance selon laquelle le Code de procédure civile attribue à l'appel un effet dévolutif⁸⁰⁵ ne signifie pas nécessairement que le droit positif ne reconnaît pas d'effet dévolutif au pourvoi. C'est ce que relèvent très justement Jacques et Louis Boré en signalant qu'« il aurait été parfaitement possible d'écrire aussi que le pourvoi remet la chose jugée en question devant la Cour de cassation pour qu'il soit à nouveau statué en droit »⁸⁰⁶.

En cas de pourvoi, l'affaire est transmise à la Cour de cassation (en fait et en droit), mais cette dévolution ne l'autorise qu'à remettre en cause la chose jugée en droit.

⁸⁰¹ S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile : droits interne et de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, n°553.271. Dans le même sens, v. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°802 et n°872.

⁸⁰² J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°809, p. 666.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 666.

⁸⁰⁴ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°844 à 857, spéc. n°851 : Les auteurs parviennent à cette conclusion en signalant fort justement qu'« il paraît cependant peu concevable que le litige soit scindé en deux, le droit étant dévolu à la Cour de cassation, et le fait s'étant perdu quelque part entre celle-ci et la cour d'appel », v. égal. sur ce point A. Perdriau, « Les chambres civiles jugent-elles en fait ? », *JCP G.*, I, 1993, p. 3683 et s.

⁸⁰⁵ V. art. 561 et 562 du CPC.

⁸⁰⁶ Rép. pr. civ., rubrique précitée, n°847.

288. Une dévolution démontrée par la compétence de la Cour de cassation pour mettre un terme au litige - L'argument selon lequel la Cour de cassation n'est pas compétente pour mettre un terme définitif au litige a également été avancé à l'appui de l'absence d'effet dévolutif du pourvoi⁸⁰⁷. Autrement dit, lorsqu'elle rejette le pourvoi, ou lorsqu'elle casse la décision contestée, ce sont les juges du fond qui ont été ou qui seront seuls compétents pour mettre un terme définitif au litige, comme si la Cour de cassation se contentait en cas de censure de « *donner une mauvaise note à la décision et de décider que le devoir devait être recommencé* »⁸⁰⁸. On peut opposer à cette présentation au moins deux observations.

D'une part, elle se trouve fragilisée par les possibilités dont dispose la Cour de cassation pour ne pas renvoyer l'affaire devant les juges du fond. Elle peut, par exemple, rejeter un pourvoi en procédant à une substitution de motifs. Cette technique lui permet de corriger les défauts de motivation de la décision qui lui est déférée dès lors qu'ils sont sans incidence sur la solution à donner au litige. Ce faisant, elle évite, de façon pragmatique, la censure et le renvoi en mettant elle-même un terme au litige⁸⁰⁹. Comme Evelyne Prieur le précise, « *loin de se cantonner dans son rôle de contrôle de l'application du droit, la Cour applique elle-même le droit en changeant les qualifications utilisées par les juges du fond et en changeant le fondement légal des décisions attaquées* »⁸¹⁰. Il en est de même lorsque, disposant faits nécessaires pour trancher elle-même le litige, elle prononce une cassation sans renvoi. Comme le constatent le doyen Héron et Thierry Le Bars, « *le litige au fond se trouve réglé par la Cour de cassation elle-même et le dispositif de ses arrêts contient les mêmes énonciations que celles que l'on trouve dans les décisions des juges du fond* »⁸¹¹. Dans ces hypothèses, la cassation est bien « *une voie d'achèvement du procès* »⁸¹², et il apparaît alors bien difficile de soutenir que ce n'est pas l'affaire qui lui est dévolue, mais seulement un jugement qui lui est déféré.

⁸⁰⁷ V. not., L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°882 : « *investie d'une fonction disciplinaire, ou juridictionnelle, la Cour de cassation rejette le pourvoi qui lui est soumis ou casse le jugement qui lui est déféré mais en principe, la chose jugée n'est pas directement remise en cause devant elle pour qu'il soit de nouveau statué en fait et en droit* ».

⁸⁰⁸ J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, n°806, p. 664.

⁸⁰⁹ V. sur ce point, A. Perdriau, « Le pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 2001, p. 364.

⁸¹⁰ E. Prieur, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Economica, 1986, n°66.

⁸¹¹ J. Héron et Th. Le Bars, *op. cit.*, n°808, p. 665.

⁸¹² V. en ce sens les interventions de G. Pluyette et L. Boré, « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », *Cycle droit et technique de cassation 2011*, 24 janv. 2011, accessible en ligne : www.courdecassation.fr.

D'autre part, même lorsque ce sont les juges du fond qui mettent fin au litige sur renvoi, on peut soutenir qu'à l'image de la Cour de cassation, la compétence qui leur est dévolue peut également être restreinte. Alors que la Cour de cassation ne peut statuer qu'en droit, les faits ayant été fixés par les juges du fond, il peut arriver que les juges du fond ne statuent qu'en fait, le droit ayant été fixé par la Cour de cassation. En effet, lorsque la Haute juridiction est saisie à la suite d'un second pourvoi et qu'elle reproche à la cour d'appel de renvoi d'avoir méconnu sa « doctrine », ou qu'elle considère au contraire que sa « doctrine » a été respectée⁸¹³, la cassation ou le rejet subséquent est une autre manière de signaler que les juges du fond n'avaient pas compétence pour rejuger l'affaire en droit. D'ailleurs, lorsque l'Assemblée plénière est saisie à la suite d'un second pourvoi, la cour d'appel de renvoi est contrainte par le droit tel qu'il a été fixé par la Cour de cassation, la compétence qui lui est dévolue est donc limitée aux questions de fait⁸¹⁴.

Cela signifie qu'on ne saurait lier l'effet dévolutif d'une voie de recours à la pleine compétence de la juridiction saisie pour mettre un terme au litige, puisque la Cour de cassation comme les juridictions du fond, peut être limitée dans ses compétences sans être pour autant empêchée de mettre fin au litige. En réalité, « toutes les voies de recours, quelles qu'elles soient opèrent une dévolution, puisqu'elles saisissent le juge d'un litige. S'il n'y avait pas de dévolution, on ne voit pas très bien sur quoi le juge statuerait »⁸¹⁵.

289. L'existence de l'effet dévolutif du pourvoi et le cadre décisionnel - Les constatations précédentes nous permettent de conclure à l'existence d'un effet dévolutif du pourvoi. Le pourvoi déclenche les compétences de la Cour de cassation, laquelle se trouve habilitée à rejuger l'affaire en droit et parfois même à y mettre un terme définitif. L'étendue de la dévolution est restreinte, la Cour de cassation n'a pas plénitude de juridiction, ce qui

⁸¹³ Il est très fréquent, en cas de second pourvoi à la suite d'un premier renvoi, que la Cour de cassation soit amenée à vérifier la correspondance entre sa première décision résultant de son arrêt de cassation et la décision de la juridiction de renvoi. Elle est amenée à se demander si les juges du fond ont respecté sa doctrine, c'est-à-dire s'ils se sont conformés à la solution du droit posée dans son premier arrêt. Les exemples sont très nombreux. V. récemment Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-26.081 : « Mais attendu que la cour d'appel n'a fait que se conformer à la doctrine de la Cour de cassation exprimée dans son arrêt du 6 octobre 2011 en déclarant recevables, au regard de l'article 564 du code de procédure civile, les demandes concernant deux nouvelles publications issues des enregistrements litigieux ; que le moyen n'est pas recevable ».

⁸¹⁴ Certains auteurs expliquent d'ailleurs qu'en pareille hypothèse la pratique du renvoi devant les juges du fond apparaît inutile et devrait donc être abandonnée. V. en ce sens S.-L. Texier, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116 et s., spéc., p. 118, n°16 : l'auteur favorable au développement de la cassation sans renvoi précise qu'en cas d'intervention de l'Assemblée plénière à la suite d'un second renvoi, celle-ci devrait toujours mettre fin à l'affaire puisqu'« on voit mal comment le second juge de renvoi pourrait apprécier les faits autrement ni comment les parties pourraient finalement invoquer des moyens qu'elles n'auraient pas déjà soulevés au cours des (longues) années qu'a duré le procès ».

⁸¹⁵ J. Boré et J. de Salve de Bruneton, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005, p. 181.

signifie que son pouvoir est limité aux seuls points de droit. Le périmètre de la décision se trouve, en conséquence, défini par l'effet dévolutif du pourvoi qui exclut de son champ les questions de fait. Cela dit, concernant les questions de droit, l'avocat aux Conseils détermine celles qui seront dévolues à la juridiction. La dévolution « *juridique* » de l'affaire est en effet maîtrisée par le représentant de l'auteur du pourvoi.

B. La dévolution de compétence maîtrisée par l'avocat aux Conseils

290. L'influence de l'avocat sur l'existence de la dévolution - Quand bien même certains y voient un paradoxe⁸¹⁶, si le pourvoi permet à la Cour de cassation de se saisir des aspects juridiques d'une affaire, c'est avant tout parce qu'une partie en a décidé ainsi sur les conseils d'un avocat spécialisé. On a déjà expliqué que l'avocat jouait un rôle important en évaluant les chances de succès du recours. Il apprécie l'opportunité du déclenchement des compétences de la Haute juridiction. Aussi, sauf à ce qu'un pourvoi soit exercé par le ministère public, circonstance rare⁸¹⁷, l'avocat aux Conseils, par le rôle de filtre qu'il assume⁸¹⁸, empêche parfois que certains contentieux ne parviennent à la connaissance de la Cour de cassation. Par ailleurs, certains désistements d'instance trouvent leur origine dans une transaction des parties et des questions qui peuvent être importantes d'un point de vue juridique échappe alors au débat de cassation⁸¹⁹. Ces éléments montrent que l'avocat aux Conseils joue un rôle dans ce que l'on pourrait appeler la *délimitation négative* de la matière contentieuse, mais il importe surtout de déterminer son rôle *dans la délimitation positive* de la matière contentieuse.

291. L'influence de l'avocat sur l'étendue de la dévolution - À première vue, on pourrait penser que l'exercice d'un pourvoi investit automatiquement la Cour de cassation de la connaissance de tous les éléments de droit tranchés par la décision contestée. En réalité, l'avocat du demandeur a la possibilité de concentrer le débat de cassation sur certains chefs de la décision attaquée, c'est-à-dire sur certains éléments de son dispositif. Comme Jacques et Louis Boré l'expliquent, « *le demandeur au pourvoi est tout à fait libre de limiter l'effet*

⁸¹⁶ S.-L. Texier, art. préc., p.116, n°2 : « *Paradoxalement, la saisine de cette sentinelle du droit n'a jamais été confiée au seul ministère public mais à l'ensemble des justiciables représentés par des avocats (fussent-ils aux Conseils, ils n'en sont pas moins - les juges le savent bien - chargés de représenter les intérêts de leurs clients* ».

⁸¹⁷ Cf. *supra* n°10.

⁸¹⁸ Cf. *supra* n°12.

⁸¹⁹ Sur la transaction, v. Ph. Blondel, « Le traitement des affaires. La Cour de cassation », in *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1990, p. 80 et s., spéc. p. 93, n°29.

dévolutif à tel ou tel chef du dispositif»⁸²⁰. Pour ce faire, dans la déclaration de pourvoi, l'avocat du demandeur précise les « chefs de la décision auxquels le pourvoi est limité »⁸²¹. Si cette possibilité est largement étudiée par la doctrine pénaliste en raison de l'admission sans réserve de l'effet dévolutif du pourvoi en droit pénal, elle fait au contraire l'objet d'un intérêt doctrinal très relatif de la part des civilistes.

292. Une influence reconnue par la Cour de cassation - Pourtant, dans les deux cas, la Cour de cassation a reconnu la possibilité pour l'auteur du pourvoi de circonscrire le débat de cassation. La Chambre criminelle a admis très tôt qu'il « appartient aux parties qui forment un pourvoi devant la Cour de cassation d'attaquer tous les chefs de disposition de l'arrêt ou de circonscrire leur recours à tel chef ou à telle disposition dudit arrêt, et que dans ce cas, la Cour n'est saisie que des chefs ou dispositions indiqués dans l'acte du pourvoi »⁸²². Récemment, elle a réaffirmé, en des termes très clairs, que « si le pourvoi a pour effet de déférer à la Cour de cassation la décision attaquée dans son intégralité, cet effet est limité par la qualité du demandeur, par sa volonté ou par son intérêt à agir »⁸²³.

De leur côté, les Chambres civiles ont également reconnu l'existence d'un pourvoi « limité »⁸²⁴, lorsqu'elles ont dû se prononcer sur la portée de leur cassation à la suite d'un second pourvoi : « l'annulation d'un arrêt, si généraux et absolus que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée, laisse subsister comme passées en force de chose jugée toutes les parties de la décision qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi »⁸²⁵. Autrement dit, toutes les parties de la décision qui n'avaient pas, à l'occasion du premier pourvoi, fait l'objet d'une contestation, n'ont pas été portées à la connaissance de la Cour de cassation et ne peuvent donc plus être remises en cause. Ainsi, la Cour de cassation a par exemple décidé que dès lors qu'un pourvoi tend à contester uniquement les conséquences financières d'un divorce, le principe du divorce ne peut plus être discuté⁸²⁶. Dans ce litige, l'avocat a ainsi centré le débat

⁸²⁰ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°855, p. 127.

⁸²¹ V. art. 975 du CPC.

⁸²² Crim., 14 déc. 1965, n°65-91.399, *Bull. crim.*, n°274, v. égal. Crim., 16 nov. 1972, n°71-91.470, *Bull. crim.*, n°345, et Crim., 13 oct. 1980, n°79-90.780, *Bull. crim.*, n°256.

⁸²³ Crim., 7 mars 2007, n°06-84.160, *Bull. crim.*, n°67.

⁸²⁴ Par analogie avec la distinction entre *appel limité* et *appel général* pour expliquer l'étendue de cette voie de recours, V. J. Buffet, « Fiches méthodologiques : l'effet dévolutif de l'appel », *BICC*, n°620, 2005.

⁸²⁵ V. en premier : Civ. 3^{ème}, 4 déc. 1973, n°72-13.489, *Bull. civ.* III, n°612. Cette solution pourrait *a priori* paraître obsolète depuis l'introduction de l'art. 624 du CPC qui dispose que « la portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt qui la prononce ». En réalité, il n'en est rien, puisque c'est encore l'auteur du pourvoi qui sélectionne les dispositions de l'arrêt qu'il entend contester, sélection à partir de laquelle la Cour de cassation déterminera la portée de ses arrêts de cassation.

⁸²⁶ V. Civ. 2^{ème}, 15 nov. 2001, n°00-11.891.

sur les conséquences du divorce uniquement, la Haute juridiction n'ayant pas été interrogée sur son principe⁸²⁷.

L'étendue du pourvoi semble même être fixée dès la déclaration de pourvoi en ce sens que des moyens de cassation qui viseraient des chefs du dispositif non visés dans celle-ci encourent l'irrecevabilité⁸²⁸. Cela dit, dans d'autres décisions, la Cour de cassation examine l'étendue de sa saisine sur la base des chefs critiqués par les moyens et semble ainsi admettre qu'ils doivent être pris en compte pour connaître l'étendue du pourvoi⁸²⁹.

293. Un rapport d'identité entre l'étendue du pourvoi et l'étendue de la cassation - Ainsi, il existe un rapport d'identité entre l'étendue du pourvoi et l'étendue de la cassation, de sorte que lorsque l'avocat conteste dans l'intérêt de son client un élément seulement du dispositif, si une cassation est prononcée, elle ne portera que sur cet élément. Ce rapport d'identité se confirme puisqu'il autorise les parties, par l'intermédiaire des avocats aux Conseils, à contester un arrêt le contrariant. Même si ce procédé a beaucoup étonné certains universitaires⁸³⁰, la Cour de cassation a en effet étendu, sans aucune assise légale, la requête en rabat d'arrêt, initialement conçue pour réparer une simple « erreur matérielle de procédure, imputable à la Cour de cassation ou à ses services »⁸³¹ à l'hypothèse où la Cour de cassation ne respecte pas l'étendue de sa saisine. Cette faculté accordée aux parties « *d'obtenir la rétractation de la décision s'est imposée comme une nécessité pratique, comme une exigence du respect dû à la vérité et aux droits de la défense* »⁸³².

Elle a justement été mise en œuvre pour remettre en cause le dispositif d'arrêts de cassation contrariant un pourvoi dont l'étendue avait été volontairement limitée par le

⁸²⁷ Le demandeur n'avait aucun intérêt à remettre en cause le principe du divorce, mais le défendeur aurait pu former un pourvoi incident sur ce point.

⁸²⁸ V. Com., 19 déc. 1995, n°94-10.581 et n°94-10.582, *Bull. civ.* IV, n°308 : « Attendu que, selon la déclaration de pourvoi, celui-ci est limité au chef du dispositif sur la demande d'annulation du procès-verbal de visite et saisie du 7 octobre 1993 ; que les deuxième, troisième et quatrième moyens sont dirigés contre le rejet de la demande d'annulation du procès-verbal de visite et saisie du 21 octobre 1993 ; que la présentation de ces moyens ne peut étendre l'objet du pourvoi au-delà de la limitation résultant de la déclaration elle-même ; que ces moyens ne sont donc pas recevables à l'appui de ce pourvoi ».

⁸²⁹ V. not. Soc., 21 janv. 1998, n°94-44.332, *Bull. civ.* V, n°23 : « Attendu que l'annulation d'un arrêt est limitée à la portée du moyen qui lui a servi de base et qu'elle laisse subsister, comme passées en force de chose jugée, toutes les parties de la décision qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi ; que cette règle ne s'applique toutefois qu'aux divers chefs de la demande et non aux simples moyens allégués ».

⁸³⁰ V. not. C. Atias, « Le rabat d'arrêt. De la rectification d'erreur matérielle de procédure au repentir du juge », *D.* 2007, p. 1156 et s., spéc. p. 1156 : « *L'autorité de chose jugée serait, non plus générale et absolue, mais conditionnée. Par là, elle changerait de nature. Les parties recevraient latitude de la discuter en dehors des voies légales de recours, au nom de certains principes qui définissent en quelque sorte la décision judiciaire* ».

⁸³¹ Civ. 2^{ème}, 27 nov. 1991, n°91-15.678, *Bull. civ.* II, n°322. L'arrêt précise que c'est au requérant d'apporter la preuve de l'erreur imputable à la juridiction.

⁸³² V. concl. M. Jéol, *D.* 1995, p. 513 et s., sous Ass. plén., 30 juin 1995, n°94-20.302, *Bull. Ass. Plén.*, n°4.

demandeur. Selon ses termes, la Cour de cassation reconnaît qu'en pareille hypothèse, elle « excède sa saisine »⁸³³. En l'espèce, la requête en rabat critiquait le dispositif de l'arrêt, en ce qu'il prononçait une cassation totale alors qu'il n'aurait dû viser que les chefs de dispositif critiqués dans le pourvoi. Plus précisément, le défendeur au pourvoi, une banque, avait bénéficié, par acte notarié, d'une hypothèque sur un immeuble qui avait fait préalablement l'objet d'une donation avec clause d'inaliénabilité. S'appuyant sur le jeu de la clause d'inaliénabilité, les donateurs ont obtenu de la Cour de cassation qu'elle casse la décision des juges du fond en ce qu'elle avait déclaré que cette clause ne faisait pas obstacle à l'exercice de la garantie hypothécaire par la banque⁸³⁴. La cassation prononcée fut totale et sans renvoi, de sorte qu'elle privait la banque de l'exercice d'une action en responsabilité contre le notaire. L'avocat du défendeur avait donc tout intérêt à former une requête en rabat d'arrêt pour contester le dispositif préjudicant les droits de son client, contestation accueillie par la Cour de cassation⁸³⁵. Même s'il est difficile de savoir si de tels rabats sont fréquents⁸³⁶, l'exemple précité n'est pas un cas isolé⁸³⁷.

294. Les limites à ce rapport d'identité - Le choix entre un pourvoi remettant totalement ou partiellement en cause les chefs de la décision attaquée revient donc à l'auteur du pourvoi, et plus précisément à celui qui le représente, son avocat. Cela dit, cette influence est doublement limitée.

D'une part, comme en matière d'appel, le défendeur peut former un pourvoi incident portant sur des chefs de la décision non contestée par le demandeur, la dévolution peut en conséquence être étendue par le défendeur au pourvoi⁸³⁸.

Par ailleurs, concernant spécialement les arrêts de cassation, la Cour de cassation peut également, dans son dispositif, étendre la cassation à des chefs de la décision qui n'étaient pas

⁸³³ Civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, n°02-12.268, *Bull. civ. I*, n°265.

⁸³⁴ Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, n°02-12.268, *Bull. civ. I*, n°149 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'action de la donataire était subordonnée à des considérations personnelles d'ordre moral et familial inhérentes à la donation, cette action était exclusivement attachée à sa personne, de sorte qu'elle ne pouvait être exercée par la banque créancière, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁸³⁵ Civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, n°02-12.268, *Bull. civ. I*, n°265 : « Par ces motifs : rapporte l'arrêt n°808 FS - P+B rendu par la 1^{ère} Chambre de la Cour de cassation le 25 mai 2004 ».

⁸³⁶ V. Ch. Atias, art. préc., p. 1156 et s., spéc. note n°14 : « *Le nombre des saisines tendant à un rabat d'arrêt ne peut être précisément connu, celui des décisions qui le prononcent est incertain. Elles ne donnent pas toutes lieu à publication dans les revues. Leur recensement est difficile* ».

⁸³⁷ V. pour un ex. récent et éclairant : Civ. 2^{ème}, 30 juin 2011, n°08-15.816, opérant rabat de l'arrêt Civ. 2^{ème}, 7 mai 2009 : « Qu'il y a donc lieu de rabattre partiellement l'arrêt concerné et, statuant à nouveau sur le pourvoi formé par le FIVA, de prononcer une cassation partielle limitée au chef de dispositif contesté ».

⁸³⁸ V. sur ce point, Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°856, p. 127 : « *le fait que le pourvoi principal ait été limité à tel ou tel chef du dispositif de l'arrêt attaqué n'interdit pas au défendeur de former un pourvoi incident contre un autre chef du dispositif* ».

contestés par le pourvoi, dès lors qu'ils ont « un lien d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire »⁸³⁹ avec ceux qui étaient critiqués. Elle a très tôt considéré que si la cassation prononcée ne porte pas, en principe, sur les « parties de la décision non attaquées par le pourvoi, ce n'est qu'autant que celles-ci sont indépendantes du chef qui a été l'objet de la cassation et qu'il n'y a pas indivisibilité »⁸⁴⁰. Cette admission lui a permis de sanctionner les juridictions de renvoi qui, se fondant sur les limites du pourvoi initial, considéraient que toutes les parties de la décision non contestées étaient dotées de l'autorité de la chose jugée et qu'elles ne pouvaient donc plus être contestées devant elles. Ainsi, et contrairement à ce que décidaient les juges du fond, même si un pourvoi conteste uniquement la compétence de la juridiction d'appel, ou la recevabilité de l'action en justice de son adversaire, la cassation des dispositions contestées s'étend nécessairement aux dispositions tranchant le fond⁸⁴¹. De même, si un pourvoi conteste le principe de la responsabilité et non l'évaluation subséquente du dommage, la cour d'appel de renvoi doit réexaminer également la question de l'évaluation du dommage⁸⁴². Pour mettre un terme définitif à cette difficulté, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, a fini par décider, vis-à-vis des juges du fond, que la portée de ces arrêts de cassation devait être appréciée uniquement à l'aune de ses dispositifs (cassation totale ou partielle)⁸⁴³.

En fin de compte et comme le souligne Jean-François Weber, « *ne seront examinés que les chefs du dispositif de la décision attaquée expressément critiqués par le pourvoi. Les chefs de dispositif non visés par les moyens ne seront pas atteints par une éventuelle cassation, sauf s'ils sont la suite logique et nécessaire d'un chef de dispositif cassé* »⁸⁴⁴. Le demandeur au pourvoi détermine, par l'intermédiaire de son représentant, dans son recours, l'étendue des compétences de la Cour de cassation, c'est-à-dire les éléments de la décision sur lesquels elle

⁸³⁹ V. Art. 624 du CPC.

⁸⁴⁰ Soc., 5 nov. 1965, *Bull. civ.* V, n°752.

⁸⁴¹ Civ. 1^{ère}, 23 juin 1969, *Bull. civ.* I, n°241 : « Mais attendu que la cassation portant sur un moyen tire de la recevabilité de l'instance engagée contre la société y... de France x... l'annulation atteignait donc nécessairement toutes les dispositions de cet arrêt et que le litige devait en conséquence être réexaminé en son entier ».

⁸⁴² Civ. 2^{ème}, 23 mai 1984, n°83-11.211, *Bull. civ.* II, n°88 : « Qu'en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'arrêt cassé concernant l'évaluation du dommage se trouvaient dans un lien de dépendance nécessaire avec le chef cassé relatif à la responsabilité, et qu'ainsi, la cassation intervenue remplaçait les parties dans l'état où elles se trouvaient avant l'arrêt cassé tant sur la responsabilité du dommage que sur sa réparation en conséquence de ladite responsabilité, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ».

⁸⁴³ Ass. plén., 27 oct. 2006, n°05-18.977, *Bull. Ass. plén.*, n°13 : « Mais attendu que la cassation prononcée par l'arrêt du 4 février 2004 de la décision attaquée "dans toutes ses dispositions" investissait la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit » et n'était pas limité comme l'auteur du second pourvoi le suggérait « au moyen qui constitue la base de la cassation » (v. le premier moyen du pourvoi). Cette règle jurisprudentielle a ensuite été entérinée à l'art. 624 du CPC (art. 11 du décret n° 2014-1338 du 6 nov. 2014) : « la portée de la cassation est déterminée par le dispositif de l'arrêt qui la prononce ».

⁸⁴⁴ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Cycle droit et technique de cassation*, BICC, n°702, 2009, p. 6.

va pouvoir se positionner. Son rôle dans la prédétermination des compétences de la Haute juridiction ne s'arrête toutefois pas là. Il est encore plus décisif lorsqu'en choisissant les moyens de cassation, il pose un cadre à l'interprétation de la juridiction.

§2. L'incidence des moyens de cassation sur l'étendue de l'interprétation de la Cour de cassation

295. Comme le souligne Louis Boré, « *on ne doit jamais oublier que la technique de cassation est un laser qui permet de concentrer le débat sur les seules questions de droit et, si l'avocat aux Conseils a bien rempli son rôle de filtre, sur les seules questions de droit qui posent une réelle difficulté. Bien souvent, dans des litiges qui ont donné lieu à des conclusions d'appel particulièrement volumineuses, le pourvoi repose sur un mémoire beaucoup plus ciblé et qui va à l'essentiel* »⁸⁴⁵. Aussi faut-il comprendre que parmi tous les moyens présentés devant les juges du fond, seuls certains seront sélectionnés par l'avocat et présentés à la Cour de cassation. Une fois choisis, ces moyens sont formulés de façon à répondre aux exigences posées par la Cour de cassation⁸⁴⁶. Le moyen se présente en effet comme « *un arrêt rédigé à l'envers, dans lequel le alors que [l'auteur désigne par là les premiers mots de tout moyen en cassation] doit constituer le chapeau de l'arrêt souhaité* »⁸⁴⁷. Aussi faut-il comprendre que l'avocat du demandeur « *ne doit pas se borner à poser des questions, il doit dire en quoi et pourquoi telle ou telle réponse apparaît plus pertinente* » que celle des juges du fond⁸⁴⁸. Pour comprendre son influence sur l'étendue des compétences interprétatives de la Cour de cassation, il faut avoir à l'esprit le contenu d'un moyen de cassation. Tout moyen de cassation contient en effet une reproduction du raisonnement juridique adopté par les juges du fond (dispositif et motifs critiqués), le visa d'un énoncé législatif ou d'un principe et une interprétation de ce visa qui invalide le raisonnement des juges du fond.

Ainsi, Lorsque l'avocat choisit des énoncés textuels justifiant son argumentation, il détermine les textes qui seront interprétés par la Cour de cassation, c'est-à-dire l'objet de l'interprétation authentique (A).

⁸⁴⁵ L. Boré, « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », *Cycle droit et technique de cassation 2011*, 24 janv. 2011, accessible en ligne: www.courdecassation.fr.

⁸⁴⁶ Sur les contraintes relatives à l'élaboration des moyens de cassation, cf. *supra* n°110 et s.

⁸⁴⁷ Selon la formule du Président Labbé, citée in Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°563, p. 87.

⁸⁴⁸ Ph. Blondel, « Le traitement des affaires. La Cour de cassation », in *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1990, p. 83.

Plus encore, lorsqu'il critique le sens donné à une loi par les juges du fond, il en propose une signification différente. Ce faisant, il propose à la Cour de cassation une alternative, un nombre limité de significations applicables à la loi invoquée : celle des juges du fond ou la sienne (B).

A. La détermination préalable des objets de l'interprétation de la Cour de cassation

296. La détermination d'une règle écrite ou d'un principe justifiant le moyen invoqué, condition de recevabilité du moyen - Le moyen vise, sous peine d'irrecevabilité, une règle légale ou plus rarement un principe⁸⁴⁹. Cette exigence, parfois rattachée à l'article 978 du Code de procédure civile⁸⁵⁰, a été posée par plusieurs arrêts de la Cour de cassation. Dès 1976, la première Chambre civile, avait été saisie d'un pourvoi dont le moyen critiquait un jugement en ce qu'il n'avait pas « *examiné si les règles de droit prescrites par le Code civil relativement à la liquidation des reprises et des récompenses au moment de la dissolution de la communauté, avaient été respectées* »⁸⁵¹. Ce moyen fut déclaré irrecevable car il ne précisait pas « *quelles règles, parmi celles édictées par les articles qu'il vise, auraient dû être appliquées* »⁸⁵². De même, en 1989, elle a sanctionné par l'irrecevabilité le moyen qui ne permettait « *pas d'identifier de manière précise l'ordonnance et la disposition de celle-ci qui aurait été violée* »⁸⁵³. À propos d'une déclaration de pourvoi rédigée par une partie dispensée du ministère d'un avocat aux Conseils, la Cour est allée jusqu'à préciser qu'en l'absence de visa, l'argument au soutien d'un pourvoi ne pouvait même pas prétendre recevoir la qualification de « *moyen* ». Elle souligne en effet que le pourvoi qui se « *borne à déclarer : je conteste la légalité de la décision et qui ne précise pas le texte qui aurait été violé ou*

⁸⁴⁹ On peut, d'un point de vue critique et non plus descriptif, questionner l'intérêt d'une telle exigence dès lors que la Cour de cassation, de son côté, s'en est toujours libérée en s'abstenant bien souvent de viser la règle législative qui soutient son interprétation (notamment dans ses arrêts de rejet). Son intérêt se trouve encore plus affaibli depuis que la Cour de cassation n'a plus, selon les textes, pour mission de vérifier la conformité d'une décision à la loi, mais à une règle de droit. V. en ce sens les modifications apportées à l'art. 604 du CPC.

⁸⁵⁰ V. Art. 978 al. 2 : « *À peine d'être déclaré d'office irrecevable un moyen ou un élément de moyen ne doit mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture. Chaque moyen ou chaque élément de moyen doit préciser, sous la même sanction: - le cas d'ouverture invoqué; - la partie critiquée de la décision; -ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué* ».

⁸⁵¹ V. le moyen unique au pourvoi n°75-11.425 (Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1976).

⁸⁵² Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1976, n°75-11.425, *Bull. civ. I*, n°320.

⁸⁵³ Civ. 1^{ère}, 24 mai 1989, n°87-17.931, *Bull. civ. I*, n°211.

faussettement appliqué, ne constitue pas l'énoncé d'un moyen de cassation ; qu'il s'ensuit que le pourvoi doit être d'office déclaré irrecevable »⁸⁵⁴.

Cette solution, loin d'être isolée⁸⁵⁵, s'applique quel que soit le cas d'ouverture invoqué, elle ne se limite pas à celui de la violation de la loi *stricto sensu*⁸⁵⁶. C'est ce que soulignent Jacques et Louis Boré lorsqu'ils expliquent que la Cour de cassation elle-même rattache ses cas d'ouverture à un texte, par exemple, « *les articles 455 et 458 de ce code pour le défaut de motifs, l'article 1134 du code civil pour la dénaturation, et le texte de fond, dont les conditions d'application ne sont pas justifiées en fait, pour le défaut de base légale* »⁸⁵⁷. Par exemple encore, la première Chambre civile a jugé que « le moyen, qui se borne à alléguer que la décision attaquée manque de base légale sans préciser au regard de quel texte, ne répond pas aux exigences de l'article 978, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile et doit être déclaré irrecevable »⁸⁵⁸. Ainsi, dans la mesure où une telle omission mettrait directement en péril le succès de la prétention du client représenté, la détermination d'une règle écrite au soutien de chaque moyen constitue une contrainte qui ne saurait rationnellement être écartée par l'avocat, en sa qualité d'*homo juridicus*⁸⁵⁹.

297. La nature de la règle écrite ou du principe mobilisé - Même si l'avocat est contraint de fonder ses griefs sur un énoncé textuel ou un principe, il reste encore à préciser les qualités que ce fondement doit présenter pour être recevable. La Cour de cassation est venue indiquer, au fil des pourvois, la nature des textes qui pouvaient être mobilisés dans un moyen, en procédant par la même occasion, à l'extension ou à la limitation de ces compétences. L'avocat peut s'appuyer d'abord et à l'évidence sur les lois au sens formel⁸⁶⁰, mais également sur les décrets et les ordonnances⁸⁶¹, les actes réglementaires ministériels⁸⁶² et

⁸⁵⁴ Civ. 2^{ème}, 17 juin 1992, n°92-50.002, *Bull. civ.* II, n°166.

⁸⁵⁵ V. par ex. Soc., 5 oct. 1978, n°77-40.616, *Bull. civ.* V, n°645 : « Le pourvoi pour violation de la loi doit se fonder sur un texte ou un principe précis » ; Com., 21 avril 1992, n°90-16.521, *Bull. civ.* IV, n°171 : « Mais attendu que M. X... se réfère " aux termes de la doctrine de l'Administration telle qu'énoncée par celle-ci devant le comité fiscal de la mission d'organisation administrative " sans en produire la justification ni même sans préciser l'acte administratif dans lequel cette doctrine serait exprimée ; que le moyen imprécis est donc irrecevable » ; Com., 27 juin 2000, n°97-22.296 : « Attendu, en second lieu, que la troisième branche du moyen ne précise pas le texte de loi qui aurait été méconnu par la cour d'appel ».

⁸⁵⁶ Pour une présentation de l'ensemble des cas d'ouverture à cassation, cf. *supra* n°111 et s.

⁸⁵⁷ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°367, p. 55 : les auteurs évoquent en ce sens « *l'unité profonde des ouvertures à cassation* ».

⁸⁵⁸ Civ. 1^{ère}, 17 juil. 1996, n°92-19.017, *Bull. civ.* I, n°323.

⁸⁵⁹ Sur cette notion cf. *supra* n°85.

⁸⁶⁰ Les lois au sens formel correspondent aux actes émanant du Parlement.

⁸⁶¹ V. par ex. Civ. 2^{ème}, 6 juil. 1978, n°77-11.415, *Bull. civ.* II, n°184.

⁸⁶² V. par ex. Com., 10 juil. 1951, *Bull. civ.* V, n° 228.

les conventions collectives⁸⁶³. Il lui est également possible de mobiliser les dispositions issues de textes supranationaux⁸⁶⁴ ou du bloc de constitutionnalité⁸⁶⁵.

À côté de ces règles écrites, la Haute juridiction s'autorise à fonder ses décisions sur des principes non écrits, dont elle est généralement l'auteur, comme par exemple celui de l'enrichissement sans cause⁸⁶⁶. Comme l'explique Patrick Morvan, le *visa de principe* constitue « *une figure normative insolite (...) [par laquelle] la Cour inscrit littéralement dans le visa qu'elle est tenue de faire figurer en tête de ses arrêts de cassation (NCPC, art. 1020) non point un texte législatif, réglementaire ou de droit international, mais un principe ou des principes extratextuels* »⁸⁶⁷. Cette technique permet aux magistrats de poser une norme en dehors de tout fondement textuel⁸⁶⁸. Ainsi, la Cour s'autorise à interpréter des énoncés textuels écrits, mais également des principes, que la doctrine appréhende comme des « *principes généraux du droit* » et qui sont généralement nés sous sa plume. Une fois énoncés par la Haute juridiction, ces principes peuvent en conséquence être sollicités dans les moyens de cassation⁸⁶⁹. La Cour de cassation déclare en revanche irrecevable, et ainsi en dehors de

⁸⁶³ Ass. plén., 6 févr. 1976, n°74-40.223, *Bull. Ass. plén.*, n°2. Dans cette décision, la Cour de cassation casse l'arrêt en ce qu'il a violé une convention collective, et s'autorise ainsi à interpréter ce type de texte, alors même qu'ils ne visent, comme les circulaires, qu'une catégorie d'individus.

⁸⁶⁴ Les moyens peuvent en effet se fonder sur des textes communautaires qui sont dotés d'un effet direct horizontal. V. par ex. : moyen unique du pourvoi n°13-25.351 (Civ. 15 janv. 2015) : « *les articles 5 à 7 du règlement (CE) n°261/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 11 février 2004 (...), doivent être interprétés en ce sens que les passagers de vols retardés disposent du droit à indemnisation en vertu de ce règlement lorsqu'ils subissent, en raison de tels vols, une perte de temps égale ou supérieure à trois heures, c'est-à-dire lorsqu'ils atteignent leur destination finale trois heures ou plus après l'heure d'arrivée initialement prévue par le transporteur aérien* ». Ils peuvent également, et c'est de plus en plus fréquent, s'appuyer sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme, V. pour un ex. d'invocation de l'art. 6 de la Convention : Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n°12-29.474, *Bull. civ. I*, n°226.

⁸⁶⁵ V. pour un ex. récent : 4^{ème} branche du moyen unique au pourvoi n°13-15.760 (Civ. 1^{ère}, 28 mai 2014) : « *Alors que (...) la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* ».

⁸⁶⁶ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1953, *D.* 1954, p.145.

⁸⁶⁷ P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation », *Cycle droit et technique de cassation*, 4 avril 2006, 2006, n°7, v. égal. la thèse de l'auteur : *Le principe de droit privé*, Paris II, LGDJ, 1999.

⁸⁶⁸ V. P. Morvan, « Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation », *Cycle droit et technique de cassation*, 4 avril 2006, 2006, n°39 : l'auteur définit le principe au regard d'un *critère matériel*, « *l'extra-textualité essentielle* », et d'un *critère formel*, le recours au principe est un mode particulier d'expression.

⁸⁶⁹ Pour une réutilisation du principe d'enrichissement sans cause, V. par ex. le 3^{ème} moyen de cassation au pourvoi n°91-15.578 (Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n°7) : « *Alors que, en cas d'annulation d'un contrat à exécution successive, les relations des parties doivent être gouvernées par les règles de l'enrichissement sans cause ; que si la restitution est impossible en raison de la nature de l'obligation, il y a lieu de tenir compte de la valeur des prestations que chacune d'elles a effectuées ; qu'en s'abstenant de rechercher au regard des règles relatives à l'enrichissement sans cause, quelle était la valeur des prestations fournies par l'exposante, la cour d'appel a méconnu les principes de l'enrichissement sans cause* ».

son champ d'étude, le moyen s'appuyant uniquement sur une circulaire⁸⁷⁰ ou sur la jurisprudence⁸⁷¹.

298. La liberté de l'avocat dans le choix des fondements pertinents - Parmi les textes ou les principes susceptibles d'être invoqués, l'avocat est-il contraint de reprendre ceux qui l'ont effectivement été devant les juges du fond ? De la même manière qu'il n'est pas contraint de reprendre tous les moyens invoqués au fond, il n'est pas non plus contraint de reprendre tous les fondements qui avaient été mobilisés au soutien de ces moyens. Une sélection des fondements s'opère par la sélection des moyens qui seront versés au débat de cassation.

L'avocat peut, en outre, viser des fondements textuels différents de ceux soulevés au fond dès lors qu'ils sont compris dans des moyens nouveaux recevables, c'est-à-dire non mélangés de fait et de droit⁸⁷². Comme nous l'avons déjà précisé⁸⁷³, la Cour de cassation admet effectivement que les moyens de pur droit⁸⁷⁴ ou nés de la décision attaquée⁸⁷⁵ soient soulevés pour la première fois devant elle. Elle a ainsi déjà cassé un arrêt sur « le moyen pris de la violation d'une loi non invoqué devant les juges du fond »⁸⁷⁶. Ainsi, sous certaines conditions, l'avocat peut viser des fondements juridiques nouveaux devant la Cour de cassation mais il

⁸⁷⁰ Com., 13 nov. 1990, n°89-12.826, *Bull. civ. IV*, n°272 : « Mais attendu que la violation d'une circulaire administrative, qui n'oblige que les fonctionnaires auxquels elle est adressée, ne peut donner ouverture à cassation ; qu'il s'ensuit que le moyen n'est recevable en aucune de ses branches », comp. avec Civ. 1^{re}, 22 déc. 1953, *Bull. civ. I*, n°378.

⁸⁷¹ Req., 21 déc. 1891, *DP* 1892, I, p. 543 : « (...) sans s'arrêter au moyen pris en violation de la jurisprudence qui ne peut à lui seul, donner ouverture à cassation ». La seule explication livrée par l'annotateur de l'arrêt est la suivante : « *Ce n'est qu'à la loi que les juges doivent obéissance en ce sens que la jurisprudence n'a pas force de loi* ». D'un point de vue critique, on peut s'étonner d'une telle solution, déjà parce que de nombreuses théories ont démontré que la portée des solutions jurisprudentielles dépassait largement celle du litige, ensuite parce qu'elle invite à distinguer entre principe et solution jurisprudentielle, distinction dont on peine à comprendre la teneur, enfin parce que, de son côté, la Cour de cassation n'hésite pas à fonder ses solutions sur une de ses décisions antérieures, sans se donner la peine de la rattacher (aussi artificiel que puisse être ce rattachement) à un énoncé textuel. Ainsi, cette décision voile le pouvoir créateur des juges et peut tout au plus s'expliquer par le caractère non permanent de la jurisprudence (on pourra toutefois rétorquer que certaines solutions jurisprudentielles se sont installées plus durablement dans le paysage juridique français que certaines lois).

⁸⁷² Pour un ex. d'irrecevabilité d'un moyen mélangé de fait et de droit contenant un fondement juridique qui aurait pu être soulevé devant les juges du fond, v. par ex. Civ. 3^{ème}, 16 déc. 2009, n°08-21.803 : « Mais attendu, d'une part, qu'il ne résulte ni de l'arrêt, ni des conclusions récapitulatives d'appel que les consorts X... se soient prévalus des dispositions de l'article 1338 du code civil ; que le moyen est nouveau de ce chef, mélangé de fait et de droit ».

⁸⁷³ Sur les moyens nouveaux qui échappent à l'irrecevabilité, cf. *supra* n°128.

⁸⁷⁴ V. par ex. Com., 26 mars 1996, n°94-14.320, *Bull. civ. IV*, n°96 : Le moyen de pur droit est celui qui « ne repose sur aucun fait qui n'ait été constaté par les juges du fond ». Dans l'hypothèse inverse, il s'agit d'un moyen mélangé de fait et de droit, irrecevable.

⁸⁷⁵ V. par ex. Civ. 2^{ème}, 28 mai 1968, *Bull. civ. II*, n°154 : « Le moyen dirigé contre une disposition de l'arrêt qui ne pouvait être critiquée avant qu'il ne soit rendu, n'est pas nouveau ».

⁸⁷⁶ Com., 13 avril 1961, *Bull. civ. IV*, n°154.

devra, pour le reste, effectuer son choix parmi les fondements préalablement débattus. En toutes hypothèses, qu'ils aient été ou non déjà débattus devant les juridictions inférieures, les fondements textuels visés dans les moyens de cassation sont choisis par l'avocat aux Conseils, et ce choix est constitutif d'une prédétermination des objets de l'interprétation juridictionnelle.

299. Les objets de l'interprétation de la Cour de cassation prédéterminés - La question posée par le moyen « *est, finalement, unique : le litige a-t-il été tranché comme les règles exigeaient qu'il le fût ?* »⁸⁷⁷. Autrement dit, dans la mesure où il s'appuie sur des énoncés législatifs déterminés, le moyen déclenche les compétences d'interprète de la Cour de cassation sur la base de ces énoncés.

Il a pu être soutenu que seuls certains cas d'ouverture investissaient la Cour de cassation d'une mission d'interprétation. Jean-François Weber estime en effet qu'« *en précisant le cas d'ouverture, le moyen détermine la mission de la Cour de cassation* »⁸⁷⁸. Ainsi, ajoute-t-il, l'ouverture pour violation de la loi emporterait « *mission d'interprétation de la loi* » alors que l'ouverture pour défaut de base légale emporterait « *mission pédagogique ou disciplinaire* »⁸⁷⁹. Nous pensons, au contraire, que la Cour de cassation se livre toujours à une interprétation législative, ce rôle d'interprète n'étant pas tributaire du cas d'ouverture invoqué, mais résulte de l'existence systématique d'un visa soutenant le moyen de cassation. Même pour le cas du défaut de base légale, la Cour interprète un texte, et le sens de son action va bien au-delà du simple rappel à l'ordre des juges du fond. Par exemple, dans le célèbre arrêt *Poussin*, la Cour avait été saisie d'un moyen reprochant à la décision des juges du fond un défaut de base légale sur le fondement de l'article 1110 du Code civil. La Cour de cassation procède bien à une interprétation de ce texte en retenant que cet article suppose de « *rechercher si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avaient pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau* »⁸⁸⁰ n'était pas une œuvre de Nicolas Poussin. La solution de cet arrêt figure aux grands arrêts de la jurisprudence civile⁸⁸¹ et la circonstance que la Cour de cassation fut seulement saisie pour un défaut de base légale n'entama en rien

⁸⁷⁷ Ch. Charruault, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation 2010*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr.

⁸⁷⁸ J.-F. Weber, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation 2010*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr.

⁸⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁸⁰ Civ. 1^{ère}, 22 févr. 1978, n°76-11.551, *Bull. civ. I*, n°74.

⁸⁸¹ V. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n°147-148, p. 30.

l'importance de sa décision. Il apparaît donc que la Cour de cassation se livre systématiquement à une interprétation d'un texte ou d'un principe et ce indépendamment du cas d'ouverture soulevé par l'auteur du recours. C'est ce que souligne le Doyen Perdriau en soutenant que « *tout contrôle est normatif, puisqu'il est destiné à vérifier que la décision frappée de pourvoi se trouvait conforme aux règles de droit et, dans la négative, à la faire annuler ; cette considération devrait faire abandonner l'idée qu'il y a une hiérarchie dans le contrôle, à moins qu'on admette qu'il y en ait une dans les lois* »⁸⁸².

Ainsi, la Cour exerce toujours une mission d'interprétation, et ce quel que soit le cas d'ouverture invoqué. Or, si interpréter revient à attribuer un sens à un énoncé, alors les visas contenus dans les moyens prédéfinissent l'objet de l'interprétation des magistrats, c'est-à-dire les règles sur la base desquelles les magistrats vont exercer leur mission. Autrement dit, les objets de son interprétation sont préalablement et limitativement fixés. Sans entamer les développements consacrés au réemploi par la Cour de cassation de ces énoncés⁸⁸³, on peut d'ores et déjà signaler que son activité interprétative se trouve aiguillée par cette prédétermination textuelle. Qu'elle rejette le pourvoi ou casse le dispositif contesté, son interprétation a généralement pour objet les textes légaux ou et les principes invoqués par l'avocat de l'auteur du pourvoi.

B. La mise en évidence de deux interprétations législatives concurrentes

300. L'exigence d'attribution d'un sens à la règle visée - La Cour de cassation ne se limite pas à demander à son interlocuteur de fonder son moyen sur une règle, elle attend aussi de lui qu'il attribue un sens à cette règle, et plus encore, un sens concurrent de celui retenu par les juges du fond. Lorsqu'à l'occasion d'un pourvoi, un avocat avait formulé un moyen déterminant uniquement les règles qui auraient été violées par la cour d'appel⁸⁸⁴, la Cour de cassation le déclara irrecevable car il ne précisait pas « en quoi les règles qu'il vise ont

⁸⁸² A. Perdriau, « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1991, p. 3538 et s., n°7.

⁸⁸³ Cf. *infra* n°333 et s.

⁸⁸⁴ V. 2^{ème} moyen au pourvoi n°83-11.760 (Civ. 3^{ème}, 14 juin 1984, *Bull. civ.* III, n°118) : « *Alors qu'en raison de l'absence de réponse aux conclusions d'appel du demandeur au pourvoi exposant que par sa lettre du 16 mars 1979, il "n'avait nullement abandonné 18 des 20 questions qu'il voulait faire inscrire à l'ordre du jour" dont l'ensemble était nécessaire pour orienter utilement le vote de chacun, et que, plus précisément, la question n°19 portant désignation d'un expert-comptable pour examiner la comptabilité du syndic "intéressait la masse des copropriétaires et nécessitait un vote", l'article 455 du nouveau Code de procédure civile et l'article 13 du décret du 17 mars 1967, prévoyant la délibération des assemblées générales sur les questions inscrites à l'ordre du jour de celles-ci, ont été violés* ».

été violées »⁸⁸⁵. Cette exigence, plusieurs fois signalée⁸⁸⁶, constitue une contrainte à laquelle l'avocat ne saurait rationnellement se soustraire s'il souhaite atteindre son but. Or, si l'avocat est contraint d'expliquer « *en quoi* » la règle qu'il invoque a été transgressée, il est d'abord chargé de lui attribuer un sens en se faisant l'interprète de la règle qu'il invoque. C'est ce que signale Louis Bach en expliquant que « *c'est le rôle de la doctrine de proposer aux juges telle ou telle interprétation (lato sensu) de la règle de droit. Et dans la doctrine, on ne saurait oublier les avocats à la Cour de cassation et au Conseil d'État* »⁸⁸⁷.

Ce rôle d'interprète se vérifie quel que soit le cas d'ouverture invoqué puisqu'aucun moyen n'échappe à l'exigence d'un visa⁸⁸⁸. Par exemple, dans le célèbre arrêt *Baldus*, l'avocat reprochait à la décision des juges du fond un manque de base légale sur le fondement de l'article 1116 du Code civil. Pour se justifier, l'avocat attribue d'abord un sens à cette disposition en arguant qu'« *il résulte de l'article 1116 du Code civil que si le dol peut résulter d'un simple silence, celui-ci ne peut être sanctionné que si une obligation d'information pèse sur son auteur* », et reproche ensuite aux juges du fond de l'avoir méconnu en ce qu'ils ont retenu l'application de cette disposition « *sans faire référence à une obligation qui aurait pesé sur l'acheteur* »⁸⁸⁹. De même, au soutien du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt « *Société les Maréchaux* » du 10 juillet 2007⁸⁹⁰, l'avocat reprochait à la cour d'appel d'avoir violé la loi, et plus précisément l'article 1134 du Code civil et précise en quoi cette disposition a été violé : « *si la règle d'après laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal fait par l'un des cocontractants de ses prérogatives contractuelles, elle ne saurait justifier, sous peine de dégénérer en un pouvoir général de révision interdit par l'article 1134 du Code civil, que le juge vînt porter atteinte à la substance même d'un droit de créance contractuel* »⁸⁹¹.

⁸⁸⁵ Civ. 3^{ème}, 14 juin 1984, n°83-11.760, *Bull. civ.* III, n°118.

⁸⁸⁶ V. par ex., Com., 9 nov. 1982, n°80-16.473, *Bull. civ.* IV, n°341 : « Mais attendu, d'une part, que la critique formulée par la première branche du moyen vise une simple confusion de dates résultant d'une erreur matérielle susceptible d'être réparée par une décision rectificative conformément à l'article 462 du nouveau code de procédure civile et qui ne saurait donc donner ouverture à cassation ». Le reproche ne peut donc pas concerner une erreur matérielle contenue dans la décision mais doit concerner une erreur juridique, c'est-à-dire qu'il doit expliquer en quoi la loi visée a été violée. V. égal. Soc., 5 janv. 1995, n°89-41.010 : « Attendu, ensuite, que le second moyen ne précise pas en quoi les dispositions de la convention collective et l'article 2277 du Code civil ont été violées » ; Soc., 17 déc. 1996, n°95-41.858, *Bull. civ.* V, n°445 : « que le moyen ne précise pas en quoi le salarié aurait été victime d'une discrimination au vu de l'article L. 122-45 du Code du travail ».

⁸⁸⁷ Rép. civ., *Jurisprudence, par L. Bach, n°258.

⁸⁸⁸ cf. *supra* n°299, v. égal. Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°581, p. 90 : l'avocat vise « *le texte ou la règle de droit prétendument méconnu, puisque, nous l'avons vu, tous ces cas se ramènent à la violation d'une règle de droit* ».

⁸⁸⁹ 2^{ème} branche du moyen unique au pourvoi n°98-11.381 (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, n°131).

⁸⁹⁰ Com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ.* IV, n°188.

⁸⁹¹ V. 1^{ère} branche du moyen unique au pourvoi n°06-14.768 (arrêt précité).

Ainsi, en refusant de faire jouer la clause de garantie de passif, les juges du fond auraient méconnu le sens de l'article 1134 du Code civil qui leur interdirait de porter atteinte à la substance d'un droit de créance contractuel. Au regard de ces illustrations qui pourraient être multipliées à l'infini, on perçoit donc comment les exigences portant sur le contenu des moyens de cassation habilitent *de facto* l'avocat à interpréter la règle visée dans le pourvoi.

301. Conséquence : une alternative d'interprétations présentées à la Cour de cassation - À l'évidence, il est de l'essence même du pourvoi de formuler un reproche juridique à la décision contestée. Si l'avocat vise des textes et leur donne une signification, c'est pour montrer en quoi cette signification contrarie celle qui ressort de la décision contestée. Ce lien entre le moyen et la partie critiquée de la décision constitue d'ailleurs une condition de sa recevabilité. La Cour de cassation a en effet déclaré irrecevable le moyen dont le reproche allégué « est sans concordance avec le chef de l'arrêt attaqué »⁸⁹². L'avocat doit donc faire correspondre son interprétation législative à la partie de la décision critiquée par le pourvoi pour montrer que celle-ci encourt la cassation. Cette mise en perspective se manifeste dans les moyens en cassation notamment lorsque, souvent en préambule, « *il expose la solution consacrée et les motifs qui ont été avancés pour le justifier* »⁸⁹³. L'auteur du moyen met alors en lumière une contradiction entre le sens de la loi qu'il a subjectivement fixé et celui que lui ont attribué les juges du fond dans les motifs de la décision.

Les motifs décisifs des juges du fond contiennent en effet toujours le visa du texte appliqué⁸⁹⁴ et le sens que les juges lui prêtent⁸⁹⁵, sans quoi la décision encourt la cassation pour défaut ou insuffisance de motifs juridiques. C'est une sanction très rarement prononcée qui garantit la présence d'une interprétation législative dans les motifs. Ainsi, dans le moyen, deux solutions s'opposent et « *parce qu'elles sont inconciliables entre elles,*

⁸⁹² Civ. 2^{ème}, 11 mars 1992, n°90-21.068, *Bull. civ. II*, n°75 ; pour un ex. récent, v. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014, n°14-15.989.

⁸⁹³ J. Copper-Royer, « La logique judiciaire et le pourvoi en cassation », in *La logique judiciaire, Colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, PUF, 1969, p. 76.

⁸⁹⁴ Civ. 2^{ème}, 18 juil. 1960, *Bull. civ. II*, n°249 : « Qu'en statuant ainsi qu'elle l'a fait, alors que les dispositions des alinéas 1er et 5 de l'article 1384 du code civil sont inconciliables entre elles, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur le point de savoir quel était le fondement juridique de la responsabilité ainsi admise de la société » ; V. égal. Civ. 3^{ème}, 6 févr. 1991, n°89-14.514, *Bull. civ. III*, n°48 : « Qu'en statuant ainsi sans préciser le fondement juridique de sa décision, la cour d'appel n'a pas mis la Cour de Cassation en mesure d'exercer son contrôle ».

⁸⁹⁵ V. par ex. Com., 15 oct. 1985, n°84-10.779, *Bull. civ. IV*, n°327 : la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas l'avoir mise en mesure d'exercer son contrôle sur « l'exacte application » du texte en cause. Autrement dit, la cour d'appel avait simplement fondé sa décision sur l'article 691 du CGI, sans expliquer en quoi celui-ci était applicable.

*leur rapprochement entraine la conclusion [souhaitée par l'avocat du demandeur], c'est-à-dire la violation de la loi »*⁸⁹⁶.

Pour s'en rendre compte, reprenons les deux exemples précités. Dans l'arrêt *Baldus*⁸⁹⁷, l'avocat soutenait que l'article 1116 du Code civil sanctionne la réticence (c'est-à-dire le fait pour le vendeur ou l'acheteur d'un bien de taire une information relative au bien vendu) seulement si son auteur est tenu d'une obligation d'information et reprochait aux juges du fond d'avoir appliqué cette règle sans se référer à une telle obligation d'information⁸⁹⁸. De leur côté, les juges du fond estimaient que la simple réticence volontaire suffisait à caractériser un dol par réticence, « *les conditions de l'article 1116 du Code civil étant réunies* »⁸⁹⁹. Selon la Cour d'appel, il serait donc possible de sanctionner la réticence sur ce fondement même si aucune obligation d'information ne pesait sur l'acquéreur des photographies. Ainsi, ces deux interprétations, qui sont rapportées et mises en perspectives dans le moyen pertinent, s'opposent.

De la même manière, dans l'affaire « *Société les Maréchaux* »⁹⁰⁰, l'avocat du demandeur soutenait que l'article 1134 du Code civil interdit au juge de porter atteinte à la substance d'un droit de créance contractuelle en faisant obstacle au jeu de la clause de garantie de passif⁹⁰¹. Les juges du fond se fondaient quant à eux sur une toute autre lecture de cette disposition, celle-ci leur permettant de neutraliser le jeu d'une clause de garantie de passif dès lors que son créancier manque à son devoir de bonne foi visé à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil⁹⁰². Ainsi, le moyen en cassation met en perspective là encore deux significations de la législation interprétée, celle adoptée par les juges du fond et critiquée par l'auteur du moyen, et celle développée par l'auteur du moyen pour contrarier celle des juges du fond.

302. Alternative d'interprétations et nouveauté du moyen en cassation - On pourrait *a priori* penser que cette dualité d'interprétations contenue dans le moyen ne vaut qu'en cas de moyens dépourvus de nouveauté, puisqu'ayant déjà été soumis aux juges du fond, les dispositions invoquées ont déjà fait l'objet d'une interprétation laquelle est justement

⁸⁹⁶ J. Copper-Royer, « La logique judiciaire et le pourvoi en cassation », in *op. cit.*, p. 76-77.

⁸⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n°131.

⁸⁹⁸ Cf. *supra* n°300.

⁸⁹⁹ V. l'extrait des motifs reproduits dans le premier moyen au pourvoi n°98-11.381 (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull. civ. I*, n°131).

⁹⁰⁰ Com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ. IV*, n°188.

⁹⁰¹ V. 1^{ère} branche du moyen unique au pourvoi n°06-14.768 (Com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ. IV*, n°188).

⁹⁰² Extrait des motifs de la décision des juges du fond rappelés dans l'unique moyen au pourvoi précité n°06-14.768.

critiquée par le pourvoi. En réalité, même pour les moyens nouveaux, tout est présenté comme si les juges du fond, conscients ou non du sens qu'ils ont donné à un énoncé, avaient, au moins implicitement, attribué à l'énoncé visé une signification différente de celle soutenue par l'auteur du pourvoi⁹⁰³. Par conséquent, en arrière-plan de la signification choisie par l'avocat, on trouve celle qui est retenue par les juges du fond et qui mérite, selon le professionnel, d'être censurée.

303. Alternative d'interprétations et moyens en défense - On pourrait également objecter que cette présentation ne prend pas en considération l'incidence des moyens du défendeur en cassation lesquels visent à soutenir la solution adoptée par les juges du fond. Mais ce serait là oublier la particularité du pourvoi qui suppose que la Cour de cassation examine l'arrêt ou la partie de l'arrêt qui lui est déféré. Comme le rappelle Elisabeth Baraduc, à la différence de « *l'instance au fond qui met en présence deux parties aux thèses opposées ; l'instance de cassation oppose le demandeur à l'arrêt qu'il attaque* »⁹⁰⁴. C'est du reste ce qui ressort de la structure même des arrêts de la Cour de cassation qui n'offrent aucune place aux moyens du défendeur.

Le moyen préparé par le représentant du demandeur, qui est donc au centre du débat de cassation, met systématiquement en évidence deux interprétations juridiques concurrentes, celle des juges du fond, et celle de son auteur, à charge pour le juge d'opter pour l'une d'entre elles.

304. Propos conclusifs - En conclusion, on voit combien la définition de l'interprète fournie par le Doyen Batiffol prend ici tout son sens. L'interprète, nous dit l'auteur, est l'« *intermédiaire qui procure la pensée* »⁹⁰⁵. Or, en s'interposant entre la décision des juges du fond dont l'élément contesté est clairement identifié, et celle de la Cour souveraine, le moyen en cassation « *procure* » effectivement tous les éléments dont la Cour de cassation a besoin pour exercer son rôle d'interprète de la loi. Plus généralement, on voit comment le discours de l'avocat est à l'origine d'un cadre décisionnel composé de plusieurs éléments.

⁹⁰³ Les moyens nouveaux sont admis lorsqu'ils critiquent la solution de l'arrêt contesté et qu'ils ne pouvaient pas être présentés antérieurement à elle : Civ. 2^{ème}, 28 mai 1968, *Bull. civ.* II, n°154 : « Le moyen dirigé contre une disposition de l'arrêt qui ne pouvait être critiquée avant qu'il ne soit rendu, n'est pas nouveau ». V. par ex. le moyen (4^{ème} branche) nouveau, échappant à l'irrecevabilité en ce qu'il « était né de la décision attaqué », présenté dans le pourvoi n°05-15.471 (Com., 11 juil. 2006), cf. égal. *supra* n°299 et 300.

⁹⁰⁴ É. Baraduc, « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in *La procédure en tous ses états, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 11.

⁹⁰⁵ H. Batiffol, « Questions de l'interprétation juridique », *APD*, tome 17, 1972, p. 2-27, et spéc. p. 12.

Déjà, il s'appuie sur une décision ou un élément d'une décision qu'il conteste, ensuite, il vise les règles qui auraient été violées, enfin, il donne à ces règles une signification concurrente de celle des juges du fond laquelle ressort en filigrane de celle prescrite par le professionnel. Tous ces composants sont donc fournis et présentés à la Cour de cassation. Avant de voir comment elle les réceptionne, il nous faut encore proposer une approche théorique de ce cadre fixé par l'avocat du demandeur.

Section 2. La théorie du cadre

305. Les développements précédents démontrent que l'activité interprétative de la Cour de cassation, loin d'être une activité isolée et autonome, dépend au contraire de la manière dont le discours de l'avocat aux Conseils a construit le débat de cassation. Dès lors, on peut s'étonner que cette réalité ne soit pas prise en considération par les théories normativistes ou réalistes de l'interprétation, théories qui s'emploient pourtant à percer le secret de l'interprétation des cours suprêmes. Certes, l'idée d'un cadre venant limiter le pouvoir d'interprétation des magistrats est née sous la plume de Kelsen, mais elle repose sur des présupposés qui empêchent de penser le cadre que nous venons de décrire (§1). Si Michel Troper, à l'origine de la *Théorie réaliste de l'interprétation*, se montre justement critique à l'égard de la conception normativiste du cadre, il ne soupçonne pas l'intérêt que pourrait présenter un cadre reconfiguré conformément à ses postulats. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'un cadre puisse être, préalablement à l'interprétation du juge, fixé subjectivement par un autre acteur juridique et à ce qu'il puisse véhiculer des contraintes, au sens de la *Théorie des contraintes juridiques* (§2).

§1. L'impasse de la théorie normativiste du cadre

306. Il a déjà été expliqué que la *théorie pure* contenait des éléments sinon incohérents, en tous cas inconciliables avec l'étude du discours de l'avocat aux Conseils⁹⁰⁶. Sans surprise, ces difficultés resurgissent à propos de la possibilité pour l'avocat de définir un cadre à l'intérieur duquel l'action du juge trouvera sa place. Elles s'expliquent toujours par une

⁹⁰⁶ Cf. *supra* n°44 et s.

surestimation de la fonction de juger⁹⁰⁷. Selon l'auteur, il ne peut pas y avoir de cadre qui ne soit pas objectivement déterminé par le juge (A) ni de cadre qui ne soit pas obligatoire (B).

A. L'obstacle tenant à la détermination judiciaire du cadre

307. Un lien indissociable entre le cadre et sa connaissance - Dans la *Théorie pure du droit*, Kelsen s'intéresse au cadre décisionnel dans une partie intitulée : « *Le droit à appliquer : un cadre à l'intérieur duquel il y a plusieurs possibilités d'interprétation* »⁹⁰⁸. Selon l'auteur, c'est le juge qui détermine lui-même, par un acte de connaissance, le cadre à l'intérieur duquel sa décision peut exister, c'est-à-dire l'ensemble des significations que la loi autorise, avant de choisir parmi l'une de ces significations⁹⁰⁹. Aussi, interpréter, pour le juge, c'est avant tout connaître « *le droit à appliquer* »⁹¹⁰. Chaque norme constitue alors pour le juge « *un cadre ouvert de possibilités* »⁹¹¹. Autrement dit, le cadre décisionnel serait fixé objectivement par les magistrats de la Cour de cassation qui détermineraient, au terme d'un acte de connaissance, les normes applicables ainsi que toutes les significations possibles de ces normes.

Par conséquent, la définition kelsénienne du cadre est intrinsèquement liée à la possibilité de le connaître. Puisque le droit est constitué de normes qui préexistent à l'interprétation du juge, alors ce dernier peut et doit déterminer toutes les significations qu'elles autorisent et inscrire son office dans le cadre qu'elles produisent. D'ailleurs, à la manière de cet acteur juridictionnel, la science du droit est également capable, conformément à la vision de Kelsen, « *de décrire le cadre, l'éventail de possibilités ou alternatives de sens auquel correspond toute réglementation juridique* »⁹¹².

308. Inaptitude de l'avocat à connaître le cadre décisionnel - En revanche, pour Kelsen, l'avocat est inapte à connaître le cadre décisionnel. Son discours est un discours de

⁹⁰⁷ Cf. *supra* n°42.

⁹⁰⁸ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, v. Titre VIII c), pp. 456-458.

⁹⁰⁹ Sur la dualité de la nature de l'interprétation authentique chez Kelsen, cf. *supra* n°38.

⁹¹⁰ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 457.

⁹¹¹ C.-M. Herrera, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec, Presses Université Laval, 2004, p. 42.

⁹¹² P. Amslek, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat*, Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 2011, p. 44-58, spéc. p. 49, v. égal. M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 102 : La science « *visé seulement à décrire tous les sens possibles d'un énoncé de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer entre eux un choix* ».

politique juridique, qui entretient une « *fiction d'univocité* »⁹¹³. Son interprétation n'est qu'un acte de volonté consistant à choisir une signification de la norme et à la présenter comme la seule admissible. L'avocat qui ne se détermine qu'en fonction de l'intérêt de son client, serait en quelque sorte, privé de l'accès au cadre, incapable de le connaître. Plus précisément encore, si la détermination du cadre consiste à répertorier toutes les normes applicables et leurs significations, l'avocat serait étranger à ce processus puisqu'il ne prescrit que la signification d'une norme profitable à l'intérêt de son client.

309. Une perception incomplète du travail de l'avocat aux Conseils - Même si l'on admettait la possibilité de déterminer, en amont de la décision du juge suprême, un nombre limité de normes applicables, rien ne permet pour autant d'en déduire que l'avocat, parce qu'il est guidé par sa seule volonté, ne puisse pas être également à l'origine d'un cadre. Cette déduction repose sur une perception spéculative et incomplète du travail de l'avocat. Ceci est particulièrement manifeste lorsque Kelsen affirme que l'avocat « *s'efforce de démontrer devant un tribunal que seule est juste telle des diverses interprétations possibles de la norme juridique à appliquer* »⁹¹⁴. Certes, l'avocat prescrit une signification de la loi conforme à l'intérêt de son client, mais si comme l'auteur l'admet, il existe *une norme juridique à appliquer*, c'est bien qu'une norme applicable a été identifiée en amont, qu'un cadre a été préalablement déterminé. Or, la question est justement de savoir qui détermine ce cadre. Il ne peut pas s'agir de la Cour de cassation puisqu'elle n'est pas encore intervenue. Cela ne peut être que l'avocat aux Conseils sur la base de ce qui a été débattu devant les juges du fond. Il faut bien qu'il détermine la loi qu'il souhaite voir appliquer avant de choisir l'une de ces significations ou, de manière plus réaliste, qu'il choisisse la loi à laquelle il va rattacher la signification voulue. C'est d'ailleurs ce qu'admet Kelsen dans un autre passage de sa *théorie pure* dans lequel il signale que « *les parties au procès fondent leur recours (...) sur le fait que la décision [contestée] ne serait pas conforme à la norme générale qui détermine son contenu* »⁹¹⁵. Guidée par l'intérêt du client, il ne peut s'agir que d'une détermination subjective du cadre interprétatif. La détermination subjective du cadre est non seulement possible, mais constitue également une condition de recevabilité du pourvoi en cassation comme nous l'avons préalablement démontré⁹¹⁶. L'avocat ne peut en effet pas prescrire une signification sans la rattacher à un énoncé législatif.

⁹¹³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. Trad. par C. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 463.

⁹¹⁴ H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 462-463.

⁹¹⁵ *Ibid.*, p. 359.

⁹¹⁶ Cf. *supra* n°296 et s.

Ajoutons que l'avocat peut très bien proposer, non plus une, mais plusieurs significations de la norme applicable en développant plusieurs moyens de cassation, parfois fondés sur le même énoncé textuel⁹¹⁷. Par ailleurs, le moyen de cassation recommande à la Cour de cassation une signification du texte invoqué mais reproduit également celle retenue par les juges du fond⁹¹⁸. Aussi, lorsque Kelsen soutient que l'avocat entretient une *fiction d'univocité*, il s'appuie, de nouveau, sur une conception réductrice, caricaturale et biaisée du travail de l'avocat devant les juridictions suprêmes.

En définitive, même si le cadre pouvait dans l'esprit du juge être déterminé objectivement, rien ne s'opposerait, contrairement à ce que défend Kelsen, à ce qu'il le soit subjectivement en amont de l'interprétation du juge et parallèlement à l'interprétation scientifique. Si Kelsen ignore cette possibilité, c'est parce qu'il croit qu'en toute hypothèse, le juge définit lui-même objectivement, à côté et en dépit des volontés exprimées auparavant, les limites de son pouvoir créateur car il est obligé de respecter le cadre de la loi.

B. L'illusion tenant au caractère obligatoire du cadre

310. Le caractère obligatoire du cadre - Kelsen explique que lorsque le juge choisit l'une des significations possibles des normes contenues dans le cadre qu'il a déterminé, sa décision est régulière : « *tout acte qui se tient dans ce cadre, qui remplit le cadre en un sens possible quelconque, est régulier* »⁹¹⁹. L'auteur précise que « *dire qu'un acte juridictionnel (...) est fondé (...) signifie qu'il se tient à l'intérieur du cadre que représente la loi* »⁹²⁰. La détermination d'un cadre décisionnel est alors une condition de validité de la décision judiciaire. Il s'agit d'un acte de connaissance qui oblige le juge à déterminer les lois applicables et leurs possibilités d'interprétation. Par suite, la décision qui se tient dans le cadre de la loi est valide, celle qui se situe en dehors du cadre ne l'est pas. C'est donc le juge qui s'oblige à respecter le cadre à l'intérieur duquel son action est valide. Selon Kelsen, le cadre est alors interne à l'acteur juridique, celui-ci s'autolimiterait par sa connaissance des normes législatives. On peut opposer à cette présentation plusieurs arguments tendant à révéler son caractère illusoire.

⁹¹⁷ V. par ex. les nombreux énoncés textuels mobilisés par l'avocat du demandeur au pourvoi dans l'affaire des « mariés de Bègles », cf. *infra* n°316 et n°445.

⁹¹⁸ Sur la mise en perspective par le moyen de deux solutions concurrentes, cf. *supra* n°300 et s.

⁹¹⁹ H. Kelsen, *op. cit.*, p. 457.

⁹²⁰ *Ibid.*

311. La critique du postulat de la signification objective des normes générales - En premier lieu, le caractère obligatoire du cadre repose sur un postulat, celui de la signification objective des lois, qui ne peut pas être vérifié. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, Kelsen retient une définition du droit totalement désincarnée, déconnectée de l'acte de volonté qui en est à l'origine⁹²¹. Le droit serait un ensemble de normes valides constituées par des énoncés prescriptifs contenant des significations dotées d'effets obligatoires en raison de leur validité, elle-même déterminée par des normes hiérarchiquement supérieures. De ce point de vue, une loi, dès lors qu'elle se trouve validée par les règles supra-législatives, serait une norme qui contient un nombre déterminé de significations objectivement déterminables et qui s'imposent au juge.

On peut raisonnablement douter d'une telle perception de la loi. S'il était vrai qu'une loi contenait un nombre déterminable de significations, les commentateurs de la jurisprudence de la Cour de cassation ne pourraient jamais s'étonner de son caractère inattendu, puisque la solution adoptée serait toujours l'une des significations qu'un acte de connaissance aurait permis de découvrir. Pourtant, bien des dispositions ont fait l'objet d'interprétations imprévisibles. Par exemple, qui aurait pu prévoir que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil allait connaître le destin jurisprudentiel qui fut le sien ? Personne, pas même la Cour de cassation, qui n'est pas venue appliquer des significations objectivement déterminables, mais qui a choisi, au fil des pourvois fondés sur cette disposition, les significations qu'elle souhaitait lui attribuer⁹²². Les énoncés ne sont donc pas obligatoires en tant que tels « *parce que le rapport entre l'énoncé et sa signification est contingent et qu'il peut toujours arriver que l'interprète authentique utilise sa volonté pour imposer de façon arbitraire une interprétation à laquelle nul n'avait pu songer* »⁹²³.

Conformément à une conception réaliste de l'interprétation, il ne peut donc pas y avoir de cadre obligatoire, car les énoncés qui le composent ne sont pas des normes qui s'imposent au juge, mais simplement des énoncés en quête de sens. La loi, loin de contenir un nombre limité de significations objectivement déterminables, autorise au contraire un nombre indéfini de significations subjectivement déterminées. Autrement dit, il existe autant de significations de

⁹²¹ Sur la conception hylétique des normes dans la théorie pure du droit cf. *supra* n°48 et s.

⁹²² L'al. 3 de l'article 1134 du C. civ. selon lequel les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* », a été le support de très nombreuses prétentions formulées par les parties à un litige, et donc le support à des interprétations imprévisibles de la part de la Cour de cassation. Par exemple, on peut évoquer celle, en droit du travail, qui impose à l'employeur une obligation de reclassement au profit du salarié dont l'emploi a été supprimé ou transformé (V. Soc., 8 avril 1992, n°89-41.548, *Bull. civ.* V, n°258), ou celle en matière d'assurance, qui impose à l'assuré de répondre avec loyauté aux questions de l'assureur au moment de l'adhésion à un contrat d'assurance (V. Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-18.737, *Bull. civ.* I, n°101).

⁹²³ M. Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015, p. 102.

la loi qu'il existe d'interprètes de cette loi. Dépourvue de significations objectivement identifiables, la loi ne s'impose donc pas au juge, lequel est au contraire libre de lui attribuer le sens qu'il souhaite. En bref, il ne peut y avoir de cadre objectivement identifiable, car l'interprétation scientifique n'existe pas. La notion d'interprétation scientifique constitue en fait un oxymore.

312. L'impossibilité de sanctionner une décision « hors-cadre » - En second lieu, admettre le caractère obligatoire d'un cadre revient à admettre la possibilité de sanctionner les décisions « hors-cadre ». Or, cette admission pose deux séries de difficultés. La première, tenant à l'identification d'une décision hors-cadre, est directement liée à la question précédente de la signification objective des lois. C'est ce que souligne Paul Amselek en s'interrogeant : « *qu'est-ce qui permet de donner un caractère objectif et rigide aux contours de ce cadre, d'affirmer que certains sens sont à l'intérieur et d'autres à l'extérieur ?* »⁹²⁴.

Par ailleurs, même si l'on admettait qu'il était possible d'identifier une décision « hors-cadre », il faudrait encore pouvoir la sanctionner en raison de son irrégularité. La réponse que fournit Kelsen, sur ce point, est très révélatrice des difficultés qu'elle lui pose. Dans un développement s'intitulant « *Les décisions juridictionnelles illégales* »⁹²⁵, il conteste cette expression que l'on retrouve souvent sous la plume de la doctrine traditionnelle. Il refuse l'idée que dans un système juridique, il puisse coexister deux normes contraires. Kelsen explique qu'une norme n'est une norme que si elle se conforme à la norme supérieure : « *une norme juridique dont on pourrait affirmer qu'elle n'est pas conforme à la norme qui règle sa création ne pourrait pas être considérée comme valable* »⁹²⁶. Aussi, les décisions hors-cadre, non conformes au contenu de la loi, ne doivent pas être considérées comme des normes car elles ne sont pas valides. Ces décisions non valides ne peuvent pas être annulées, mais simplement se voir ôter le « *sens objectif de norme* »⁹²⁷. Pour ce faire, il faut nécessairement identifier quel organe est habilité par l'ordre juridique à déterminer si une décision a le sens objectif d'une norme ou pas, c'est-à-dire si une décision se tient dans le cadre déterminé par la loi. Or, selon Kelsen, ce sont les Cours suprêmes qui sont chargées d'une telle mission. Les décisions du juge du fond n'ont qu'une validité provisoire qui pourra être confortée ou au contraire écartée par une Cour suprême dont les décisions « *possèdent une validité* »

⁹²⁴ P. Amselek, « L'interprétation dans la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen », in *Interpretatio non cessat*, Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté, Cowansville (Québec), Editions Yvon Blais, 2011, p. 51.

⁹²⁵ H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 355-360.

⁹²⁶ *Ibid.*, pp. 355-356.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 356.

définitive »⁹²⁸. Cette démonstration n'est pas très convaincante car elle tend à reconnaître que la décision d'une Cour suprême ne pourra jamais être contestée au seul motif que le système juridique lui attribue, en tout état de cause, une validité incontestable. Cette présomption de validité ne peut donc jamais être combattue, remise en cause. Autrement dit, rien ne permet de se prémunir contre une décision de la Cour de cassation qui se tiendrait en dehors du cadre de la loi puisque selon Kelsen, ses décisions sont incontestablement valides. Or, on ne peut tout à la fois défendre que la détermination des lois applicables et leur signification constituent un cadre obligatoire pour le juge et admettre, dans le même temps, que la méconnaissance du cadre par le juge suprême n'entraîne aucune conséquence. L'idée d'un cadre obligatoire devient alors une illusion puisque « *le franchissement, voire la rupture du cadre par l'interprète est juridiquement sans incidence* »⁹²⁹.

En dernier recours, il n'est pas non plus possible de prendre appui sur l'article 5 du Code civil pour expliquer le caractère obligatoire du cadre posé par la norme générale⁹³⁰. Cet énoncé législatif selon lequel « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* », n'oblige pas le juge suprême à inscrire la norme dont il est l'auteur dans le cadre de la loi interprétée. Cette disposition n'emporte aucun effet devant les juridictions souveraines car elle n'est en effet invoquée par les parties que pour reprocher aux juridictions du fond de l'avoir méconnue. Autrement dit, cette disposition peut être utilisée devant la Cour de cassation pour critiquer les décisions des juridictions inférieures mais dans la mesure où les décisions de la Cour de cassation ne peuvent pas faire l'objet d'un recours, l'article 5 du Code civil ne permet pas d'invalidier une décision de la Haute juridiction et n'est pourvu d'aucun sens objectif que le juge de cassation serait tenu de respecter. Ainsi, on peut soutenir, avec Philippe Blondel, avocat aux Conseils, que « *l'article 5 du Code civil n'est qu'une fiction sur laquelle on peut certes doctement discuter mais par rapport à l'effectivité d'un phénomène [le phénomène jurisprudentiel], il appartient au passé* »⁹³¹.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 358.

⁹²⁹ V. sur ce point : P. Wachsmann, « La volonté de l'interprète », *Droits*, n°28, 1999, p. 37 et s. ; v. égal. A. Somek, « Dynamique juridique: une brève explication », in O. Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen: forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 71-99, spéc. p. 90 : « *La difficulté commence lorsque l'organe supérieur s'écarte de toutes les conventions pour déterminer le cadre de l'application valide du droit. Que reste-t-il de la normativité des normes (...) ?* ».

⁹³⁰ V. en ce sens X. Magnon, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 94-95, n°173 et n°174. L'auteur explique même que cette disposition s'applique par extension au juge administratif.

⁹³¹ Ph. Blondel, « Le justiciable, à ne pas oublier », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Litec, 2003, p. 25.

313. Impasse normativiste et perspective réaliste - En conclusion, il ne saurait y avoir de cadre qui s'impose au juge car ce cadre ne contient pas un nombre limité de normes objectivement identifiables, mais seulement des énoncés qui s'offrent à l'interprétation de la doctrine, des avocats et des juges. En tout état de cause, même si l'on admettait que la loi était à l'origine d'un cadre renfermant un nombre limité de significations objectives, rien ne permettrait de sanctionner directement sa méconnaissance par le juge suprême. Si le cadre n'est pas obligatoire, il n'est pas non plus susceptible d'une détermination objective à la seule portée du juge ou de la science du droit. C'est ce que la théorie réaliste a largement contribué à révéler en démontrant que l'attribution d'un sens à une législation est nécessairement subjective, fonction de la volonté de celui qui l'interprète. Cela dit, la position réaliste pêche également par sa radicalité. Ce n'est pas parce que le cadre ne peut pas être objectivement déterminé par le juge qu'il est inévitablement voué à l'inexistence. Rien ne s'oppose en effet à ce qu'un cadre existe, dès lors qu'on admet que sa détermination n'est pas objective et que son application n'est pas obligatoire.

§2. La possibilité d'une théorie réaliste du cadre

314. À chaque fois que les réalistes français se sont référés au cadre décisionnel, ce fut seulement pour dénoncer ce qu'il avait d'illusoire dans la conception normativiste⁹³². En réalité, aucun des présupposés réalistes ne s'oppose à ce qu'un cadre soit posé, en amont de l'interprétation de juge, par l'avocat aux Conseils. Pour concevoir l'existence d'un cadre venant limiter les compétences du juge suprême, il faut cesser de raisonner à partir des carcans normativistes et accepter un double basculement. S'il n'existe pas de cadre objectivement déterminable, il existe en revanche un cadre subjectivement déterminé par l'avocat aux Conseils (A). Par ailleurs, si le cadre ne peut pas être obligatoire, rien ne s'oppose à ce qu'il crée et véhicule des contraintes (B).

A. D'un cadre objectivement déterminable par le juge à un cadre subjectivement déterminé par l'avocat aux Conseils

315. La contextualisation nécessaire de l'interprétation du juge - Dès lors que l'on retient, conformément à la théorie réaliste, que l'interprétation ne consiste pas à déterminer un

⁹³² Cf. *supra* not. n°312.

sens contenu dans la loi, mais à attribuer un sens à une loi, parmi un grand nombre indéterminé de sens possibles dont aucun ne s'impose en soi, on admet sans difficulté que la loi ne peut pas constituer un cadre à l'intérieur duquel le juge peut et doit remplir son office.

Cela ne signifie pas pour autant que l'interprétation du juge ne s'inscrit dans aucun cadre préalablement déterminé, comme le laisse penser la position réaliste actuelle.

Une telle position nous semble reposer sur une « *décontextualisation* » de l'interprétation juridictionnelle. Certes, les promoteurs de la *théorie réaliste* recherchent les contraintes qui poussent les Cours suprêmes à adopter telle ou telle signification d'une loi, mais tout est présenté comme si l'énoncé à interpréter s'était trouvé par hasard sur le chemin du juge. Or, si on postule que la loi ne contient aucune signification objective, il faut bien, dans un premier temps, se demander comment cette loi, interprétée par le juge, s'est retrouvée dans son viseur. À cette fin, il apparaît incontournable de prendre en compte le processus à l'issue duquel les décisions des Cours suprêmes sont rendues, car lui seul permet de réaliser qu'entre la loi et son interprétation par le juge suprême, toute une série d'événements se sont produits. C'est ce que signale d'ailleurs Vincent Vigneau, conseiller référendaire à la Cour de cassation, en remarquant qu'« *une grande partie des juristes n'ont qu'une vision abstraite du fonctionnement de la Cour de cassation. S'ils possèdent pour la plupart une connaissance approfondie de sa jurisprudence, ils ignorent le plus souvent les mécanismes qui conduisent à la prise de décision et les règles d'élaboration des arrêts* »⁹³³. Ce déni des réalités procédurales est d'autant plus regrettable que certains de ces mécanismes sont à l'origine d'interprétations législatives qui non seulement surviennent avant celles de la Cour de cassation mais qui lui sont également systématiquement destinées, c'est le cas des interprétations contenues dans les moyens développés à l'appui du pourvoi⁹³⁴.

La réintégration de cet élément dans le débat est une étape primordiale car lui seul permet de comprendre qu'avant l'intervention de la Cour de cassation, d'autres acteurs ont en amont choisi des significations et les ont même rattachées à des textes applicables et que, ce faisant, ils ont volontairement créé un cadre.

316. Le discours de l'avocat aux Conseils, à l'origine d'un cadre - Si la loi n'est pas constitutive d'un cadre, le discours de l'avocat aux Conseils l'est. Pour le comprendre, il faut

⁹³³ V. Vigneau, « La cassation en matière civile », [en ligne : <https://fr.scribd.com/doc/230075387/La-Cassation-en-Matiere-Civile>].

⁹³⁴ Sur ce point, cf. *supra* n°247 et s.

apporter plusieurs précisions quant à l'activité de l'avocat aux Conseils, lorsqu'il représente l'auteur du pourvoi.

D'une part, son rôle ne consiste pas seulement à prescrire au juge des significations législatives profitables à l'intérêt du client (comme s'il était possible, conformément à ce que défendait Kelsen, de déterminer quelle loi trouve à s'appliquer de manière objective), mais suppose également de choisir les législations ou les principes législatifs justifiant de telles significations. C'est ce que nous avons déjà démontré⁹³⁵. D'autre part, il est très fréquent que l'avocat développe plusieurs moyens de cassation, ce qui signifie que son discours contient plusieurs énoncés législatifs et plusieurs significations. Tant que les significations proposées ne sont pas jugées contradictoires par la Cour de cassation⁹³⁶, il se peut même qu'il attribue plusieurs significations à une même disposition. En conséquence, si interpréter, c'est attribuer une signification à un énoncé législatif, alors l'avocat propose autant d'interprétations que d'énoncés législatifs visés. Par exemple, si on analyse les moyens de cassation développés au profit d'un client, dont le mariage avec une personne du même sexe, avait été annulé par le Procureur de la République, on constate cette pluralité d'interprétations. Pas moins de huit dispositions (issues du Code civil, de la Convention européenne et de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) étaient mobilisées et interprétées pour contester l'annulation de cette union civile⁹³⁷.

Enfin et surtout, dans chacun des moyens présentés par l'avocat, se trouvent la signification proposée par l'avocat et celle arrêtée par les juges du fond⁹³⁸. Aussi est-il possible de désamorcer l'une des difficultés que relevait justement Michel Troper. Pour justifier qu'il n'existe aucun cadre décisionnel, l'auteur se fonde en effet sur l'impossibilité d'arrêter un nombre limité de significations possibles de la loi. Il est vrai qu'il existe autant de significations de la loi qu'il en existe d'interprètes en raison du principe d'indétermination textuelle. Mais parmi tous ces interprètes, combien sont autorisés à s'adresser directement et systématiquement à la Cour de cassation ? Qu'elle rejette le pourvoi ou qu'elle casse la décision contestée, celle-ci se positionne nécessairement par rapport à quelque chose et ce quelque chose est constitué d'un nombre limité d'énoncés législatifs et de significations présentés par l'avocat à la Cour de cassation. Pour le dire encore autrement, la thèse de Michel Troper selon laquelle avant l'interprétation du juge, « *il n'y a pas de norme à*

⁹³⁵ Cf. *supra* n°300.

⁹³⁶ Sur le caractère contradictoire des moyens de cassation, cf. *supra* n°127.

⁹³⁷ v. Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n°05-16.627, *Bull. civ.* I, n°113 : deux moyens sont développés, le premier est divisé en deux branches, et critique la recevabilité de l'action du ministère public, et le second en cinq branches et conteste l'annulation du mariage.

⁹³⁸ Sur la mise en perspective par le moyen de deux solutions concurrentes, cf. *supra* n°300 et s.

appliquer, mais seulement un texte »⁹³⁹ gagnerait à être affinée comme suit : *avant l'interprétation du juge, il n'y a pas de norme en vigueur à appliquer, mais un nombre limité de normes applicables qui sont opposées au juge par l'auteur du recours*. Certes, il n'y a aucune norme en vigueur qui oblige le juge à attribuer tel ou tel sens à un énoncé, mais il y a au moins deux normes applicables, ou plus exactement deux « *propositions subjectives de normes* »⁹⁴⁰, celle proposée par l'avocat et celle retenue par les juges du fond qui ont été rattachées à cet énoncé textuel pour être ensuite présentées au juge. En définitive, si la loi n'est pas à l'origine d'un cadre objectivement identifiable, il résulte toujours de l'activité interprétative de l'avocat, un cadre subjectivement déterminé.

317. D'une conception essentialiste à une conception artificialiste du cadre - Le cadre déterminé par le pourvoi est le fruit de la volonté du représentant du demandeur. Il est le résultat de ses choix stratégiques et n'a pas d'existence objective, contrairement à la vision kelsénienne du cadre constitué par la loi. Il ne saurait en effet exister de cadre en soi qui s'imposerait au juge, il existe en revanche un cadre artificiellement créé par l'avocat de l'auteur du pourvoi qui est systématiquement proposé au juge de cassation. En d'autres termes, alors que Kelsen retient une conception essentialiste du cadre, nous retenons à l'inverse une conception artificialiste du cadre.

Cet anti-essentialisme est symptomatique, au demeurant, d'une approche réaliste de la normativité puisqu'il a déjà été mis à l'épreuve, sous la plume de Michel Troper, à propos de la question de la hiérarchie des normes, dans un article consacré à la célèbre décision *Marbury v. Madison*⁹⁴¹. L'auteur se focalise sur l'un des arguments avancés par le juge Marshall pour légitimer l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois assuré par la Cour suprême. Le juge soutient en effet que ce contrôle est justifié par la supériorité de la Constitution sur la loi. Or, Michel Troper explique que cette supériorité, qui est présentée comme une évidence, ne va pas de soi. Elle repose en réalité sur une conception essentialiste, partagée par Kelsen, selon laquelle il existerait par essence une hiérarchie des normes. Selon cette conception, la supériorité de la Constitution proviendrait de sa position au sein de la

⁹³⁹ M. Troper, « Le Problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », *Mélanges en l'honneur de Charles Eisenmann*, Cujas, 1975, p. 142.

⁹⁴⁰ Pour reprendre le qualificatif employé par un auteur qui nous semble plus approprié que celui de « norme applicable », v. D. de Béchillon, « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation. Réflexions critiques », *Revue de la recherche juridique*, vol. 1, 1994, p. 247-266, spéc. p. 248 ; cf. égal. *supra* n°157 et n°158.

⁹⁴¹ M. Troper, « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in É. Zoller (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215 et s., rééd. in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 139 et s.

hiérarchie des normes en ce qu'elle serait une norme « *qui règle la production des lois* »⁹⁴² et parce qu'« *il n'existe pas au dessus d'elle d'autre norme juridique positive* »⁹⁴³. De la supériorité de la Constitution sur la loi qui existerait *ab initio*, il en découlerait la possibilité pour le juge d'identifier et de neutraliser des lois qui seraient contraires par nature à la Constitution.

Michel Troper conteste l'existence de lois inconstitutionnelles par nature qui autoriserait le juge à opérer un contrôle de constitutionnalité. Cet argument, qui n'est qu'une justification du pouvoir dont s'est dotée la Cour suprême à l'occasion de cette décision, repose sur une conception essentialiste de la hiérarchie des normes qui n'est pas soutenable. C'est ce que Michel Troper défend en expliquant que la hiérarchie des normes, loin d'exister avant l'intervention judiciaire, est au contraire artificiellement créée par le juge. En s'octroyant le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, il a artificiellement admis la supériorité de la Constitution sur la loi, supériorité qui n'existait pas antérieurement à son intervention. Ainsi, écrit Michel Troper : « *Ce que Marshall a réellement fait, ce n'est pas déduire le contrôle de constitutionnalité des lois de la hiérarchie des normes. C'est au contraire construire la hiérarchie des normes en assurant le contrôle de constitutionnalité des lois* »⁹⁴⁴. De la même façon, la loi n'est jamais constitutionnelle ou inconstitutionnelle par nature, la question de sa constitutionnalité ne peut être résolue qu'en cas de saisine du juge, et son statut sera alors artificiellement défini par l'interprète authentique. En définitive, selon les termes de l'auteur : « *il n'y a pas d'inconstitutionnalité tant qu'une contradiction entre la Constitution et la loi n'a pas été proclamée par une autorité expressément habilitée pour faire cette proclamation* »⁹⁴⁵.

Dans cette contribution, Michel Troper défend, conformément à la logique réaliste, une conception artificialiste du contrôle de constitutionnalité selon laquelle le contrôle de constitutionnalité a été créé à l'occasion de la décision *Marbury v. Madison*. À la manière de l'auteur, il est possible de retenir une conception artificialiste du cadre venant limiter la liberté de la cour de cassation : le cadre n'a pas d'existence en soi, il est créé par l'auteur des moyens de cassation et systématiquement proposé à l'interprète authentique. Reste alors à en mesurer les effets sur son destinataire.

⁹⁴² *Ibid.*, p. 221.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Ibid.*, p. 228.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 225-226.

B. D'un cadre obligatoire à un cadre contraignant

318. L'absence de caractère obligatoire du cadre - Quelle peut être l'influence du cadre déterminé par l'avocat sur la Cour de cassation ? On pourrait, en se fondant sur une conception légaliste ou normativiste du droit, soutenir que ce cadre est obligatoire.

La Cour de cassation serait tenue de respecter le *principe dispositif* en vertu duquel « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* »⁹⁴⁶, sur le fondement de l'article 5⁹⁴⁷ complété par l'article 12 du Code de procédure civile⁹⁴⁸. En réalité, cette thèse est doublement contestable. D'une part, et comme de nombreux auteurs l'ont justement fait remarquer, le juge est tout à fait libre d'aller au-delà de ces règles en recourant à des procédés lui permettant de s'en extraire⁹⁴⁹. D'autre part et concernant plus particulièrement la Cour de cassation, elle n'est pas obligée par ces dispositions, car non seulement elle définit elle-même leur sens, mais au demeurant, elle peut les transgresser sans encourir la moindre sanction, sa décision ne pouvant être contestée⁹⁵⁰.

319. Le cadre prédéfini par l'avocat et la théorie des contraintes juridiques - On peut alors légitimement se demander si le cadre prédéterminé par les avocats aux Conseils exerce une influence contraignante sur l'interprétation de la Cour de cassation. Cette interrogation est d'autant plus opportune qu'elle pourrait permettre de répondre à certaines critiques adressées à la *Théorie des contraintes juridiques*⁹⁵¹.

L'une des critiques récurrentes adressées à cette théorie ainsi qu'à la *Théorie réaliste de l'interprétation*, est qu'elles ne parviennent pas à rompre totalement avec « *les cadres de la réflexion des doctrines positivistes néo-classiques* »⁹⁵². Il est vrai qu'alors même qu'elle invite

⁹⁴⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Dispositif (Principe).

⁹⁴⁷ Art. 5 CPC : « *Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ».

⁹⁴⁸ Art. 12 CPC : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables (...) Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ».

⁹⁴⁹ Cf. égal. sur ce point les techniques permettant aux juges de modifier ou de dépasser le cadre fixé par le pourvoi, n°350 et s.

⁹⁵⁰ Cf. par ex. *infra* n°369 et s. sur l'hypothèse de l'*obiter dictum* par lequel la Cour de cassation statue *ultra petita*, sans que sa décision puisse être renversée par une décision contraire (à la différence des juridictions du fond, évoluant sous le contrôle hiérarchique de la Haute juridiction).

⁹⁵¹ M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005.

⁹⁵² S. Rials, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néo-classique », *Droits*, n°37, 2003, p. 49-85, spéc. p. 50 ; v. égal. O. Jouanjan, « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n°54, 2011, p. 39 : l'auteur commence par signaler que l'une des critiques que l'on peut adresser à la *TCJ* et à la *TRI*, est qu'elle ne parvient pas à se détacher de la tutelle du normativisme, qu'elle en porte péniblement les marques et que ce sont justement ces marques qui l'empêchent d'être cohérente.

à une désacralisation de l'interprétation juridictionnelle (en postulant qu'il ne s'agit que d'un acte de volonté), la *TCJ* continue d'en faire l'objet principal de son étude, comme si l'activité du juge, produit et source de contraintes, pouvait à elle seule tout expliquer. En élargissant le champ d'investigation, aux contraintes subies et exercées par d'autres acteurs juridiques et notamment par l'avocat aux Conseils, on ne saurait s'exposer à un tel grief.

Un autre critique a été formulée par Éric Millard. Elle fait justement remarquer qu'en son état actuel, la *TCJ* est inapte à expliquer la cohérence jurisprudentielle. Il est vrai que ses promoteurs se sont jusqu'ici plutôt attachés à expliquer pourquoi des décisions inattendues ont été rendues⁹⁵³, laissant entière la question de la cohérence et de la prévisibilité de la jurisprudence. C'est ce que l'auteur regrette en signalant que « *la régularité des décisions ou des attributions de signification (leur répétition), qui seule autorise à identifier des normes dans le système, doit pouvoir aussi s'expliquer causalement* »⁹⁵⁴. Or, notre travail propose justement une explication causale de la régularité décisionnelle puisqu'il ambitionne de l'expliquer par l'influence d'un cadre systématiquement proposé par l'avocat du demandeur à la Cour de cassation. Ainsi, il tente de démontrer que la *TCJ* peut expliquer l'irrégularité comme la régularité jurisprudentielle.

320. Le cadre prédéfini par l'avocat, à l'origine d'une contrainte juridique - Les acteurs juridiques, « *se heurtent aux contraintes quand ils se servent du droit, mais produisent aussi, en se servant du droit, des contraintes* »⁹⁵⁵. Comme nous l'avons expliqué, lorsque l'avocat définit un cadre décisionnel, il est effectivement soumis à des contraintes⁹⁵⁶. Mais, il convient de se demander si ce cadre est également susceptible de contraindre la Cour de cassation, c'est-à-dire de la placer « *dans une situation telle que, parmi tous les choix que son pouvoir discrétionnaire permet, seul un ou quelques-uns apparaissent [rationnellement] possibles* »⁹⁵⁷. Avant de répondre à cette question, il faut préciser, avec Christophe Grzegorzcyk, que « *le langage, pris en lui-même, ne peut pas créer de contraintes. En revanche, les actes humains, en particulier les actes de volonté, accompagnés d'expressions*

⁹⁵³ V. en ce sens le deuxième chapitre consacré aux illustrations de *Théorie des contraintes juridiques* in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzcyk (dir.), *op. cit.*, pp. 45-114.

⁹⁵⁴ É. Millard, « Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité », *Droits*, n°55, 2012, p. 29.

⁹⁵⁵ É. Millard, « Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité », *Droits*, n°55, 2012, p. 38.

⁹⁵⁶ Cf. *supra* n°103 et s.

⁹⁵⁷ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzcyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 13.

linguistiques, peuvent le faire, dans certaines conditions précises »⁹⁵⁸. Il est ainsi requis d'« analyser les actes, pas les mots – et même – au-delà des actes, leurs résultats dans la réalité extralinguistique »⁹⁵⁹. En conséquence, ce n'est pas le discours de l'avocat aux Conseils, qui peut, en tant que tel, être contraignant, mais ce qui résulte de ses choix, de sa volonté, on parlera alors de *contrainte externe imposée*⁹⁶⁰. Or, la détermination systématique et préalable des textes applicables et la mise en perspective d'interprétations concurrentes par l'auteur des moyens de cassation est le résultat d'un acte de volonté qui nous semble être à l'origine d'une situation de fait contraignante, plaçant la Cour de cassation « *face à un choix de plusieurs actions possibles* »⁹⁶¹.

321. Une contrainte de justification - L'existence d'un cadre qui prédéfinit les conditions de l'interprétation de la Cour de cassation est à l'origine d'une contrainte. Il s'agit d'une contrainte qui produit un comportement chez son destinataire⁹⁶² et qui limite les moyens de l'interprète et non le résultat de son interprétation⁹⁶³. La Cour de cassation peut en effet choisir de respecter le cadre en optant pour l'une des interprétations qu'il contient, ou le mépriser en choisissant une troisième interprétation, différente de celle souhaitée et de celle critiquée par l'avocat de l'auteur du pourvoi. Autrement dit, la Cour de cassation peut toujours adopter n'importe quelle interprétation. Mais, si elle souhaite adopter une interprétation qui n'est pas comprise dans le cadre, alors il lui faudra recourir à des techniques particulières (le moyen de pur droit, la substitution de motif, l'*obiter dictum*)⁹⁶⁴. Or, il se trouve que ces techniques sont rarement employées parce qu'un usage trop fréquent dévoilerait la liberté de la Cour de cassation et pourrait menacer son pouvoir institutionnel. Il est en effet fort à parier que les juristes y verraient le témoignage d'un pouvoir excessif, illégitime. Par exemple, à propos du recours à l'*obiter dictum*, Sébastien Tournaux qui a consacré à l'usage de ce mécanisme une étude approfondie a déjà pu signaler qu' « *un tel*

⁹⁵⁸ Ch. Grzegorzczuk, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai d'une reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczuk (dir.), *op. cit.*, p. 36.

⁹⁵⁹ *Ibid.* Cette perception des effets extralinguistiques du discours de l'avocat rappelle ce qu'Austin appréhende comme la dimension illocutoire du discours, v J.-L. Austin, *Quand dire, c'est faire*, (éd. originale parue en 1962), trad. et intr. G. Lane, Paris, Édition du Seuil, 1991, cf *supra* n°6.

⁹⁶⁰ Ch. Grzegorzczuk, art. préc., p. 36.

⁹⁶¹ *Ibid.*, p. 37.

⁹⁶² M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, p. 20 : « les contraintes peuvent conduire les acteurs à adopter un comportement donné sans que ce comportement ne modifie la position institutionnelle de l'acteur juridique ».

⁹⁶³ Il s'agit d'une contrainte *lato sensu*, pour reprendre la distinction entre *contrainte lato sensu* et *contrainte stricto sensu* proposée par M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, p. 21 : « l'auteur a le choix du but mais pas le choix des moyens ».

⁹⁶⁴ Cf. *infra* n°350 et s.

phénomène, bien surprenant au pays de la sacralisation de la loi et de la prohibition des arrêts de règlement, impose de trouver de solides justifications à la technique pour que l'ordonnancement juridique puisse l'accepter »⁹⁶⁵.

D'autre part, si la Cour de cassation adoptait régulièrement des interprétations auxquelles n'avaient pas pensé les autres acteurs du procès, cela fragiliserait également l'illusion selon laquelle le sens préexiste à l'interprétation⁹⁶⁶, ce qui serait susceptible de menacer la légitimité de son pouvoir institutionnel. Elle mettrait par exemple en péril le pouvoir dont elle jouit sur les juridictions du fond. Si elle procédait régulièrement à des substitutions de motifs, ce qui est comme nous le verrons une manière de désavouer les juges du fond (la Cour de cassation remplace l'interprétation choisie par les juges du fond par sa propre interprétation), la Haute juridiction risquerait de perdre son influence sur les décisions des juridictions inférieures⁹⁶⁷.

En conséquence, si la Cour de cassation, en qualité d'*homo juridicus*⁹⁶⁸, souhaite « *maintenir et optimiser son pouvoir, notamment en fournissant des justifications institutionnellement acceptables de ses choix* »⁹⁶⁹, elle est contrainte d'appliquer le plus souvent possible le cadre déterminé par l'avocat, afin de justifier ses décisions en s'appuyant sur les moyens en cassation ou, au contraire, sur les motifs de la décision critiquée. Pierre Brunet décrit très bien cette situation contraignante en précisant que « *paradoxalement, pour une autorité qui se trouve placée dans une situation d'extrême liberté, le meilleur argument pour justifier ses choix consiste à montrer que ce choix s'impose à elle ou qu'elle ne peut pas faire autrement* »⁹⁷⁰. Autrement dit, en se retranchant derrière l'interprétation de l'avocat (cassation) ou celle des juges du fond (rejet), elle maintient et dissimule l'étendue de son pouvoir en le justifiant. En définitive, si l'existence d'un cadre préalable place la Cour de cassation face à un choix de plusieurs actions possibles, celui de l'appliquer ou de l'écarter, sa rationalité la conduit à l'appliquer le plus souvent possible.

⁹⁶⁵ S. Tournaux, « L'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 49.

⁹⁶⁶ cf. *supra* not. n°307 et s.

⁹⁶⁷ Sur ce point, v. M. Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p. 29 et s., rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 329, spéc. p. 345. L'auteur compare l'interprète authentique à un joueur d'échec : « *Comme le joueur d'échec, il est juridiquement libre, il a le droit d'adopter plusieurs solutions, mais le plus souvent il est contraint d'en choisir une, sous peine de perdre toute influence sur les décisions des autres* ».

⁹⁶⁸ Sur le concept d'*homo juridicus*, cf. *supra* n°85.

⁹⁶⁹ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, p. 15.

⁹⁷⁰ P. Brunet, « Aspect théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, II, 2011, p. 311-327, spéc. p. 317.

Par ailleurs, sans aborder dès maintenant les questions qui seront au cœur du prochain chapitre, on peut d'ores et déjà ajouter que ce cadre décisionnel, en plus d'être à l'origine d'une *contrainte de justification*, peut véhiculer une *contrainte de cohérence*⁹⁷¹. Nous expliquerons en effet que si la plupart du temps les interprétations de la Cour de cassation sont cohérentes, si elles se resserrent autour d'un petit nombre de significations possibles, c'est parce qu'elles se limitent à reprendre l'une des interprétations alternatives du cadre, interprétation généralement construite à partir de la jurisprudence antérieure.

*
* *

⁹⁷¹ cf. *infra* n°347 et s.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

322. Le discours de l'avocat du demandeur au pourvoi, à l'origine d'un cadre interprétatif, approche empirique - La Cour de cassation n'est amenée à produire des interprétations authentiques que lorsqu'un recours est formé devant elle. Or, ce recours contient des moyens de cassation qui présentent la spécificité de contenir deux interprétations concurrentes en vue de résoudre le litige. Il relaie en effet l'interprétation des juges du fond, c'est-à-dire l'interprétation critiquée par le pourvoi, et l'interprétation de l'avocat du demandeur, c'est-à-dire l'interprétation recommandée par son avocat dans le pourvoi.

Ces deux interprétations sont choisies par l'avocat. L'avocat maîtrise effectivement la dévolution de l'affaire opérée par le pourvoi, c'est-à-dire qu'il détermine quelle partie de la décision des juges du fond sera critiquée par son recours. Autrement dit, même s'il n'est pas l'auteur de la décision contestée, il choisit d'une part de la contester ou de ne pas la contester, et d'autre part, de la contester dans son intégralité ou seulement en partie. Il choisit enfin et à l'évidence l'interprétation concurrente qu'il va présenter à la Cour de cassation dans l'espoir d'obtenir la cassation.

Ainsi, par son discours, l'avocat du demandeur est à l'origine d'un cadre formé par deux interprétations concurrentes d'un texte, deux *propositions subjectives de normes*. Cette réalité empirique peut s'expliquer du point de vue de la théorie réaliste.

323. Le discours de l'avocat du demandeur au pourvoi, à l'origine d'un cadre interprétatif, approche théorique - Si Kelsen a pensé en premier la figure d'un cadre venant limiter l'interprétation du juge, il retient que ce cadre constitué par la loi doit être recherché par le juge. Autrement dit, il considère que ce cadre est accessible à la connaissance du juge, et plus encore qu'il a l'obligation de connaître ce cadre et d'opter pour une interprétation qui se situe dans le cadre de la loi. Cette vision n'est pas soutenable car même s'il était possible de connaître ce cadre (ce qui n'est pas admissible au regard de notre ontologie réaliste), il faudrait encore que le juge puisse être sanctionné lorsqu'il en dépasse les limites. Or, et Kelsen l'avoue lui même, il n'existe pas de moyen de sanctionner une interprétation produite par une Cour suprême qui se tiendrait en dehors du cadre de la loi. Il convient donc d'admettre l'inexistence d'une obligation, au sens classique du terme, de respecter le cadre de la loi.

Cela dit, rien ne s'oppose à ce que l'illusion d'un cadre obligatoire déterminé objectivement par le juge (*conception essentialiste du cadre*) laisse sa place à la réalité d'un cadre contraignant prédéterminé subjectivement par l'avocat (*conception artificialiste du cadre*). Cette théorie réaliste du cadre, débarrassée de ses empreintes normativistes, reconfigure totalement son intérêt. Alors que pour Kelsen le cadre avait une fonction de validité, en ce qu'il permettait de distinguer une interprétation valide ou non valide de la loi, il constitue désormais une clé de compréhension des contraintes qui pèsent sur l'interprète authentique. Autrement dit, si une décision peut se trouver en dehors du cadre fixé par le pourvoi sans que sa validité ne soit contestable, une telle situation est peu fréquente car elle suppose du juge qu'il mobilise des techniques révélatrices de son pouvoir discrétionnaire. Le juge est en effet la plupart du temps contraint d'exercer son pouvoir à l'intérieur de ce cadre, en optant soit pour l'interprétation des juges du fond (arrêt de rejet), soit pour l'interprétation de l'avocat du demandeur (arrêt de cassation). C'est ce que révèle d'ailleurs l'étude de la réaction de la Cour de cassation au cadre fixé par le pourvoi. Non seulement elle ne lui résiste que très rarement, mais lorsqu'elle le fait, ses décisions sont généralement imprévisibles. C'est ainsi que l'on réalise que l'application du cadre prédéterminé par la Cour de cassation est une contrainte source de régularité décisionnelle⁹⁷².

⁹⁷² Il faut aller au devant d'une critique. Nous ne pensons pas que ce cadre contraignant soit le seul à orienter la motivation des décisions juridictionnelles : par ex. cf. *supra* n°181 et s. sur les travaux préparatoires aux arrêts, lesquels peuvent peut-être exercer une action contraignante. Par ailleurs, à côté de ces contraintes purement juridiques, le juge peut se déterminer en considération de contraintes extra-juridiques (morales, sociales, économiques, psychologiques etc.), contraintes que nous n'étudions pas non plus.

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION PAR LA COUR DE CASSATION DU CADRE PRÉDÉTERMINÉ

324. **Le moyen, tout le moyen, rien que le moyen** - « *Tous les magistrats de la Cour connaissent et appliquent strictement la formule fameuse qui est l'élément majeur de sécurité juridique pour le juge de cassation et pour les parties : La Cour traitera le moyen, tout le moyen mais rien que le moyen* »⁹⁷³. Aussi traditionnelle soit-elle, on a déjà expliqué pourquoi une telle formule, qui prend appui sur l'article 5 du Code de procédure civile, ne peut revêtir de caractère obligatoire pour la Cour de cassation⁹⁷⁴. Cela dit, elle trouve une résonance particulière dans l'objectif assigné à la Théorie des contraintes juridiques. Michel Troper signale en effet que « *les juges sont libres d'interpréter selon leur volonté et pourtant ils expriment avec trop de constance le sentiment d'être liés pour que la réalité de ce sentiment puisse être mise en doute et il ne suffit pas d'affirmer qu'ils sont victimes d'une illusion, parce qu'il faut encore comprendre ce qui peut provoquer une illusion si commune* »⁹⁷⁵. Mises en perspective, ces observations, émanant respectivement d'un praticien et d'un théoricien du droit, présentent un intérêt pour notre démonstration. Si ce n'est pas une illusion, c'est-à-dire simplement une considération psychologique qui oriente les juridictions suprêmes vers une solution prévisible, n'est-ce pas l'application d'un cadre préalablement fixé par l'avocat aux Conseils ? Les moyens de cassation fournissent en effet à la Cour de cassation tous les matériaux nécessaires à son activité d'interprète : les énoncés à interpréter ainsi que deux interprétations concurrentes de ces énoncés. Ce faisant, ils restreignent les possibilités d'interprétation et plus précisément encore les possibilités de motivation offertes à la Cour de cassation, c'est-à-dire les raisons susceptibles d'être avancées pour légitimer le

⁹⁷³ J.-F. Weber, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation 2010*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr.

⁹⁷⁴ Sur le principe dispositif cf. *supra* n°318.

⁹⁷⁵ M. Troper, « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in Paul Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235 et s. ; rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 93.

dispositif choisi⁹⁷⁶. Lorsqu'elle motive ses décisions, la Cour de cassation peut retenir l'interprétation de l'avocat, confirmer celle des juges du fond⁹⁷⁷ ou opter pour une justification personnelle. Sa liberté se trouve limitée à chaque fois qu'elle applique le cadre, c'est-à-dire à chaque fois qu'elle opte pour l'une des significations comprises dans le cadre et dont elle n'est pas, par définition, l'auteur. Or, il se trouve que c'est ce qu'elle fait la plupart du temps, en traitant du *moyen, de tout le moyen mais seulement du moyen* en raison de l'effet contraignant du cadre⁹⁷⁸. C'est uniquement en de rares occasions que la Cour de cassation recouvre sa pleine liberté en s'autorisant, par le jeu de techniques particulières, à écarter ou dépasser le cadre préalablement fixé.

325. Partant, il convient de distinguer l'hypothèse fréquente d'application du cadre par la Cour de cassation (**Section 1**) de l'hypothèse où elle s'en détourne (**Section 2**) afin de démontrer qu'il est beaucoup plus probable que la solution rendue soit prévisible lorsqu'elle se situe à l'intérieur du cadre prédéterminé.

Section 1. Un cadre généralement appliqué

326. Le cadre prédéfini par le pourvoi est, la plupart du temps, appliqué par les magistrats de la Cour de cassation. Quelle que soit la solution retenue, les magistrats optent en effet généralement pour l'une ou l'autre des interprétations législatives contenues dans le cadre pour justifier le dispositif de la décision (§1). Ce faisant, la solution retenue par la Cour de cassation, qui consiste à créditer soit l'interprétation des juges du fond, soit celle de l'avocat, est bien souvent prévisible et cohérente. Autrement dit, l'application du cadre est source de régularité décisionnelle, pour des raisons que nous préciserons plus loin (§2).

⁹⁷⁶ La motivation correspond aux motifs qui soutiennent le dispositif, c'est-à-dire concernant la Cour de cassation, aux « *raisons de droit que le juge indique comme l'ayant déterminé à prononcer comme il l'a fait* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Motif. Sur les fonction de la motivation, V. not. C. Perelman, « La motivation des décisions de justice, Essai d'une synthèse », in C. Perelman, P. Forier (coord.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 415 et s. ; A. Aarnio, *La rationnel comme raisonnable, la justification en droit*, trad. G. Warland, Paris, LGDJ, 1992. L'auteur insiste sur les liens qui existent entre la motivation des décisions et la crédibilité de son auteur, spéc. p. 145 et s. ; F. Bérenger, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation: de l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, Mém. DEA, Aix-en-Provence, PUAM, 2003 ; H. Muir-Watt, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 53 et s.

⁹⁷⁷ V. en ce sens É. Baraduc, « L'avocat, garant de l'impartialité du juge ? Ou quand la déontologie de l'un sert l'éthique de l'autre », in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit: André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Paris, Litec, 2003, p. 38 et s., spéc. p. 48 : selon l'auteur, la « *motivation n'est en principe que le prolongement, dans la décision, du débat contradictoire* ».

⁹⁷⁸ Le cadre prédéterminé par l'avocat produit une contrainte de justification, cf. *supra* n°321.

§1. L'adoption de l'une des solutions comprises dans le cadre

327. La Cour de cassation est chargée de « résoudre un choix binaire entre l'application de la règle (...) qui donnera satisfaction au demandeur et celle de la règle inverse qui conduira au débouté de ce dernier »⁹⁷⁹. Exercer ses compétences d'interprète à partir de ce « choix binaire » revient pour la Haute juridiction à appliquer le cadre. Afin d'en rendre compte, il convient de distinguer l'hypothèse où la juridiction, sensible à la critique adressée à la décision contestée, opte pour l'interprétation prescrite par l'avocat (A) de l'hypothèse où elle valide l'interprétation qu'avaient retenue les juges du fond⁹⁸⁰ (B).

A. L'adoption de l'interprétation prescrite par l'avocat : l'arrêt de cassation

328. Lorsqu'elle prononce la cassation des dispositions de l'arrêt contestées par le pourvoi, la Cour de cassation reprend, en principe, l'interprétation de la règle telle qu'elle a été préconisée par l'avocat aux Conseils. Cette correspondance entre la solution préconisée dans le moyen et la solution finalement adoptée est saisissante, la solution adoptée étant très souvent une redite de la solution désirée par le représentant (1). La comparaison ne s'arrête pas là. Le visa de la solution jurisprudentielle concorde régulièrement avec l'énoncé textuel soutenant le moyen (2).

1. La réaffirmation de l'interprétation préalablement choisie par l'auteur du moyen

329. Le moyen, à l'origine de la cassation - Bien souvent, les ouvrages s'intéressant à l'arrêt de cassation consacrent davantage de développements à ses effets qu'à

⁹⁷⁹ J. Héron, « L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires », *RRJ*, 1987, p. 1151 et s., spéc. p. 1162.

⁹⁸⁰ On s'intéressera uniquement aux cas dans lesquels la Cour de cassation se livre à un examen du pourvoi et des moyens qu'il contient, c'est-à-dire ceux susceptibles d'aboutir à une décision de non-admission, en présence d'un moyen non sérieux, de rejet ou de cassation. Sur ce point v. Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°875, p. 130 : « Les arrêts constatant l'irrecevabilité ou la déchéance du pourvoi ont ce trait commun d'écarter le pourvoi comme nul, sans examen au fond des moyens de cassation soulevés ». L'étude se concentrera en conséquence sur la plus large part de l'activité de la Cour, c'est-à-dire sur les pourvois qui sont étudiés sur le fond par la Haute juridiction. En 2014 par exemple, les décisions de non-admission, rejet et de cassation représentaient 72% de l'activité civile de la Cour de cassation, les irrecevabilités, désistements et déchéances constituant le reste de l'activité : statistiques accessibles en ligne sur www.courdecassation.fr.

ses fondements⁹⁸¹. Il faut dire que le contenu des arrêts de cassation laisse peu de place au doute. En dehors des cas exceptionnels où la Cour relève d'office un moyen de pur droit⁹⁸², la cassation s'appuie toujours sur le(s) moyen(s) « *développés par le demandeur en cassation dans ses écritures* »⁹⁸³. Paradoxalement, cette constante est souvent oubliée dans la présentation de la structure de ce type d'arrêt. Par exemple, Jean-François Weber, dans une communication pourtant dédiée à la compréhension d'un arrêt de la Cour de cassation, détaille la structure d'un arrêt de cassation en retenant trois éléments, la règle de droit (le visa et le chapeau), la solution des juges du fond et une conclusion démontrant en quoi la règle de droit a été violée par les juges du fond⁹⁸⁴. L'auteur n'a donc aucun égard pour un élément qui apparaît quasi-systématiquement dans les arrêts de la cassation : l'identification du moyen sur lequel la cassation repose. Par exemple, en 2013, sur les cent trente-sept arrêts de cassation rendus par la première Chambre civile ayant fait l'objet d'une publication, cent trente s'appuyaient expressément sur un ou plusieurs moyens élaborés par l'avocat⁹⁸⁵. Le visa du moyen ou de la branche du moyen⁹⁸⁶ apparaît d'ailleurs avant même le visa de l'énoncé textuel, soit tout au début de l'arrêt, soit après l'examen des premiers moyens rejetés⁹⁸⁷.

La référence par la Cour de cassation aux moyens développés par les avocats n'est pas seulement une précaution de langage, lui permettant ensuite d'attribuer aux textes qu'elle vise n'importe quelle signification, mais constitue au contraire la preuve de ce que l'interprétation

⁹⁸¹ V. par. ex. : L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2013, n°1013 à 1017, v. cép. et spéc. n°1013 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°849 à 857 ; Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°814 à 933.

⁹⁸² Cf. *infra* n°356 et s.

⁹⁸³ L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n°1013, p. 748 ; V. égal. *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, n°876, p. 342 : dans une partie consacrée au *choix du fondement de la cassation*, l'auteur commence son propos en affirmant que « *le principe, bien connu, est que le juge de cassation doit se fonder sur le moyen, tout le moyen, et rien que le moyen* ».

⁹⁸⁴ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Cycle droit et technique de cassation, BICC*, n°702, 2009, p. 10 : « *Structure d'un arrêt de cassation. Le syllogisme d'un arrêt de cassation se présente ainsi : - La règle est celle-ci (le visa et le chapeau) ; - La juridiction du fond a dit cela ; - En statuant ainsi, elle a violé la règle (le conclusif)* » ; v. égal. M.-N. Jobard-Bachelier, X. Bachelier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 39 à 44. Les auteurs s'intéressent à la structure des arrêts de la Cour de cassation, sans évoquer à la référence, dans les arrêts de la cassation, au moyen l'entraînant.

⁹⁸⁵ La recherche a été menée sur *Légifrance* et concerne tous les arrêts de cassation rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation en 2013 et qui ont fait l'objet d'une publication au bulletin concerné. Parmi les sept arrêts restants, six correspondaient à l'hypothèse où la Cour a soulevé un moyen de pur droit sur le fondement de l'article 1015 du CPC et un correspondait à l'hypothèse où le moyen avait été formulé par le ministère public à l'occasion d'un pourvoi extraordinaire (v. Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n°12-30.138, *Bull. civ. I*, n°176).

⁹⁸⁶ Lorsque le moyen se subdivise en plusieurs branches, la Cour de cassation précise la branche du moyen sur lequel elle base sa cassation, par ex : Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n°12-25.266, *Bull. civ. I*, n°222 : « Sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche : Vu l'article 125 du code de procédure civile ».

⁹⁸⁷ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, n°13-11.807, *Bull. civ. I*, n°172.

prescrite par l'avocat dans le moyen en cause, est directement à l'origine de celle retenue par la Cour de cassation.

330. L'interprétation défendue par l'auteur du moyen, à l'origine de la solution de l'arrêt de cassation - Il faut entendre par solution, non pas le dispositif de l'arrêt, mais la solution de droit correspondant à la question suscitée par le pourvoi. Elle correspond à ce qui est communément appelé le « *chapeau* », c'est-à-dire, pour reprendre la définition proposée par le doyen Perdriau « *l'énoncé sous une forme abstraite et condensée, de la norme juridique qui, dans l'hypothèse d'une cassation, a été violée par la décision attaquée (...), il constitue dans son état le plus pur la réponse de la Cour de cassation à la question de droit que lui pose le pourvoi* »⁹⁸⁸. Il apparaît le plus souvent au début de l'arrêt, juste après l'énoncé du visa ou incorporé à l'énoncé du visa, on parle alors de *chapeau de tête*. Il peut également apparaître plus loin « *dans la critique que fait la Cour de cassation à la décision qui lui est déférée* » et se trouve en conséquence plus souvent « *imprégné de quelques considérations propres à l'espèce* »⁹⁸⁹, on parle de *chapeau intérieur*. Quelle que soit sa position dans l'arrêt, la solution de droit est liée au moyen de droit présenté par un avocat, elle en épouse les contours et se nourrit de son contenu. Ce lien entre la solution de droit et le contenu du pourvoi est plus facilement observable depuis que les moyens sont systématiquement annexés aux arrêts de cassation publiés en ligne⁹⁹⁰. Comme il s'avère impossible de proposer une étude exhaustive de la correspondance entre l'interprétation souhaitée par l'avocat contenue dans le moyen à la base de la cassation et les chapeaux des arrêts concernés, il convient de concentrer l'étude sur une sélection significative : les arrêts de cassation rendus par la première Chambre civile de la Cour en 2013 et publiés aux bulletins, et plus précisément ceux qui se sont appuyés sur des moyens formulés par des avocats aux Conseils. L'étude, qui concerne ainsi cent trente décisions, démontre en effet que la Cour de cassation se limite à reprendre la solution préconisée par le moyen dans la grande majorité des cas.

331. L'interprétation de la Cour de cassation, une reprise *in extenso* de celle prescrite dans le moyen - Dans 24% des cas, la Cour de cassation reprend *in extenso* la solution préconisée par l'avocat. Par exemple, à l'occasion d'un pourvoi ayant donné lieu à un

⁹⁸⁸ A. Perdriau, « Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1986, I, p. 3259 et s., spéc. n°45 et 46.

⁹⁸⁹ *Ibid.* n°60.

⁹⁹⁰ V. sur ce point *supra* n°18.

arrêt du 27 février 2013⁹⁹¹, le premier moyen sur lequel repose la cassation indiquait que « *la notification d'un acte introductif d'instance ou d'une convocation devant une juridiction doit indiquer que, faute pour une partie de comparaître, elle s'expose à ce qu'une décision soit rendue contre elle sur les seuls éléments fournis par son adversaire ; que l'accès effectif au juge suppose une information claire sur les conséquences de l'absence de comparution des parties à l'audience* »⁹⁹² sur le fondement des articles 56 et 565-1 du Code de procédure civile et 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Le chapeau de l'arrêt vise exactement les mêmes dispositions et signale à l'identique que : « la notification d'un acte introductif d'instance ou d'une convocation devant une juridiction doit indiquer que, faute pour une partie de comparaître, elle s'expose à ce qu'une décision soit rendue contre elle sur les seuls éléments fournis par son adversaire ; que l'accès effectif au juge suppose une information claire sur les conséquences de l'absence de comparution des parties à l'audience ».

332. L'interprétation de la Cour de cassation, une reformulation de celle comprise dans le moyen - La Cour de cassation peut également reformuler l'interprétation préconisée par l'auteur du moyen, sans en modifier le niveau de généralité, en la présentant sous un aspect plus général, ou au contraire sous un aspect plus contextuel.

Dans 32% des cas, la Cour de cassation propose effectivement une reformulation du moyen pertinent sans en modifier le niveau de généralité. Autrement dit, si l'interprétation de droit est mélangée avec des considérations factuelles, la reformulation le sera également, et réciproquement. Par exemple, par un arrêt du 16 janvier 2013, la Cour de cassation livre, dans un chapeau intérieur, une solution présentée en termes généraux, qui n'est qu'une reformulation de l'interprétation de l'avocat, également posée en termes généraux⁹⁹³. De même, à l'occasion d'un arrêt 20 mars 2013, la Cour de cassation reformule l'interprétation

⁹⁹¹ Civ. 1^{ère}, 27 févr. 2013, n°12-15.441, *Bull. civ. I*, n°23.

⁹⁹² 1^{er} moyen au pourvoi n°12-15.441, arrêt précité.

⁹⁹³ Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, n°12-12.647, *Bull. civ. I*, n°1 : « L'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle est tenu de prêter son concours tant qu'il ne justifie pas avoir été valablement déchargé de sa mission », comp. avec la 1^{ère} branche du moyen unique : « *l'avocat qui entend mettre fin à son mandat n'en étant déchargé qu'après avoir informé de son intention son mandant, le juge et la partie adverse ; que, par ailleurs, l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle ne peut être déchargé de sa mission qu'exceptionnellement et dans les conditions fixées par le bâtonnier ou par le président de l'organisme dont il dépend ; qu'il en découle qu'il incombe à l'avocat désigné au titre de l'aide juridictionnelle qui prétend qu'il a été mis fin à son mandat de manière anticipée de justifier qu'il en a été régulièrement déchargé* ».

de l'avocat qui n'est pas épurée des considérations de l'affaire, dans une solution qui est également connectée au cas d'espèce⁹⁹⁴.

Dans 28% des cas, la Cour de cassation reprend la solution de droit formulée dans le moyen en la débarrassant de ses considérations factuelles. La solution est alors décontextualisée et présentée sous un aspect plus général. Par exemple, dans un chapeau de tête, la première Chambre civile a décidé que « lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception des litiges relatifs à celles de ses activités qui, telles la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique »⁹⁹⁵, généralisant ainsi la solution formulée par l'auteur du moyen qui ne concernait, non pas tous les établissements publics industriels et commerciaux, mais seulement l'Office national des forêts⁹⁹⁶.

Dans 13% des cas, la Cour de cassation reprend la solution de droit, formulée de manière générale, en la « recontextualisant ». Pour le dire autrement, la solution de l'arrêt est moins générale, plus proche des considérations de l'espèce que celle de la solution proposée par l'auteur du moyen. Elle ne reprend pas la formulation générale et impersonnelle qui se trouve au début du moyen. Par exemple, alors que l'avocat formule, dans le moyen qui sera à la base de la cassation, une solution générale : « *les tribunaux français sont nécessairement compétents pour statuer sur les effets d'une ordonnance ayant rétracté la nomination judiciaire d'un mandataire ad hoc à l'effet de représenter une société française dissoute*

⁹⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n°12-14.432, *Bull. civ. I*, n°53 : « le caractère ambigu de la clause, né du rapprochement de l'intitulé de la rubrique sous laquelle elle figure et de sa propre teneur, a pour effet de laisser croire au consommateur qu'il est tenu, pour bénéficier de la garantie conventionnelle, de faire effectuer par un concessionnaire ou agent Toyota toutes les interventions exécutées sur son véhicule, quand bien même la garantie sollicitée serait sans lien avec ces travaux, créant ainsi à son détriment un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », comp. avec le 1^{er} moyen : « *est abusive la clause qui, de par sa généralité et son ambiguïté, pouvait laisser croire au consommateur que la garantie contractuelle du constructeur n'était pas due dans le cas où des travaux de réparation étaient effectués par un réparateur indépendant quand bien même le défaut pour lequel la garantie était sollicitée était sans lien avec ces travaux* ».

⁹⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-13.902, *Bull. civ. I*, n°79.

⁹⁹⁶ 1^{ère} branche du 1^{er} moyen soulevé dans le pourvoi n°12-13.902 (arrêt précité) : « *Alors l'action tendant à mettre fin aux troubles causés par un particulier à une forêt appartenant au domaine privé de l'État relève de la seule compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ; qu'en retenant néanmoins en l'espèce que l'action tendant à faire cesser les désordres occasionnés par la société J2L sur la forêt dunaire de l'État échappait à la compétence du juge judiciaire eu égard à la nature de service public administratif de la mission exercée par l'ONF (...)* ».

et liquidée »⁹⁹⁷, la Cour de cassation opte pour la même solution mais la mêle aux considérations de l'espèce⁹⁹⁸.

En définitive, dans 97% des cas, la Haute juridiction retient la solution qui lui est préconisée par l'avocat, sans en modifier la teneur, s'autorisant simplement à la reformuler de manière plus ou moins générale. Dans les 3% restants, on observe que la Haute juridiction ajoute à l'interprétation préconisée par l'avocat, des éléments non envisagés par le mandataire et inutiles à la résolution du litige. Elle dépasse ainsi la signification prescrite par l'avocat, sans pour autant menacer l'intérêt représenté. Par exemple, par un arrêt du 2 octobre 2013, la Cour de cassation, est allée au-delà du moyen qui rappelait uniquement le droit pour l'auteur d'un livre de rechercher la responsabilité de toute personne qui le reproduit, l'adapte ou s'en inspire sans son autorisation. Certes, elle adopte la même solution mais précise également qu'en pareille hypothèse, la charge de la preuve incombe au prétendu contrefacteur⁹⁹⁹. Cette situation, que nous envisageons comme l'usage par la Cour d'un *obiter dictum*, sera examinée plus loin lorsqu'il s'agira d'étudier les hypothèses où la Cour dépasse le cadre préalablement fixé par l'auteur des moyens en cassation¹⁰⁰⁰.

2. La réutilisation de l'énoncé textuel visé dans le moyen

333. La présence constante d'un visa dans le moyen et l'arrêt de cassation - La Cour de cassation identifie toujours, dans les arrêts de cassation, les textes sur lesquels repose son interprétation¹⁰⁰¹. Or, l'avocat est également tenu de viser le texte ou le principe qui justifie l'interprétation qu'il préconise¹⁰⁰². Les objets de l'interprétation étant ainsi prédéterminés par l'avocat, il est intéressant d'étudier l'action de cette prédétermination sur la Cour de cassation lorsqu'elle choisit ses propres visas.

⁹⁹⁷ 3^{ème} moyen au pourvoi n°11-11.320.

⁹⁹⁸ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n°11-11.320, *Bull. civ. I*, n°58 : « la rétractation de la désignation de M. X... en qualité de mandataire ad hoc de la société Neftegaz pour la représenter dans la procédure d'arbitrage emportant anéantissement rétroactif des actes faits par celui-ci en cette qualité, au nombre desquels figurait la nomination de M. Z... comme arbitre, la juridiction étatique du lieu du domicile de celui-ci était seule compétente pour connaître de l'action en nullité de cette désignation ».

⁹⁹⁹ Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n°12-25.941, *Bull. civ. I*, n°197 : « la contrefaçon de cette œuvre résulte de sa seule reproduction et ne peut être écartée que lorsque celui qui la conteste démontre que les similitudes existantes entre les deux œuvres procèdent d'une rencontre fortuite ou de réminiscences issues d'une source d'inspiration commune », comp. avec la première branche du moyen unique soulevé à l'appui du pourvoi.

¹⁰⁰⁰ Cf. *infra* n°369 et s.

¹⁰⁰¹ Elle s'astreint à respecter les exigences de l'article 1020 du CPC bien que cet article ne vise que « la règle de droit sur laquelle la cassation est fondée ». La Cour de cassation n'a pas intérêt à interpréter cette disposition comme lui permettant de se fonder sur un texte mais également sur sa propre jurisprudence car cela contrarierait l'illusion selon laquelle l'interprétation consiste seulement à connaître les sens contenus dans le texte, illusion qui lui permet de maintenir et d'étendre son pouvoir institutionnel.

¹⁰⁰² Cf. *supra* n°296 et s.

334. Le remploi par la Cour des visas contenus dans le moyen justifiant la cassation - Comme l'observe le Doyen Perdriau, puisque « *le mémoire ampliatif indique le visa qui, d'après son auteur, serait à retenir, c'est ce visa qui se trouve d'ordinaire repris* »¹⁰⁰³. Cette tendance se vérifie très nettement lorsqu'on étudie, sous cet angle, les arrêts de cassation rendus par la première Chambre civile en 2013 ayant fait l'objet d'une publication.

Dans 82% des cas, la Cour de cassation vise exactement le ou les mêmes textes sur lesquels se fonde l'interprétation contenue dans le moyen. Elle ne remet pas en cause le choix des fondements textuels justifiant la cassation.

Dans 14% des cas, elle ajoute un ou plusieurs textes à ceux préalablement visés par l'avocat. Autrement dit, elle réemploie au moins l'un des textes ou principes que le professionnel avait utilisé et en adjoint d'autres¹⁰⁰⁴. Dans ce cas, il n'y a pas d'atteinte au cadre préalablement posé puisque cette adjonction n'emporte pas modification de la solution finalement car la Cour de cassation reprend quand même à son compte la solution recommandée dans le moyen, fût-elle fondée sur un autre texte. Elle constitue plutôt une nouvelle preuve de ce que l'identification de la loi applicable est, comme le choix de sa signification un acte de pure volonté puisqu'une même signification peut être rattachée à différents textes selon celui qui en est auteur. Pour preuve, dans l'échantillon d'arrêts étudiés, on rencontre un cas dans lequel la Cour de cassation parvient à la même solution que l'avocat en retenant cette fois-ci un fondement textuel totalement différent¹⁰⁰⁵. Dans ces situations, les termes du débat en cassation ne sont pas modifiés¹⁰⁰⁶, puisque « *sous réserve de ne pas sortir*

¹⁰⁰³ A. Perdriau, « Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1986, p. 3259 et s., spéc. n°16.

¹⁰⁰⁴ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 16 mai 2013, n°12-12.207, *Bull. civ. I*, n°100, le moyen emportant la cassation vise l'article 1376 du C. civ. et l'arrêt se fonde sur les articles 1376 et 1377 du C. civ.

¹⁰⁰⁵ V. Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-21.780, *Bull. civ. I*, n°110. Alors que la Cour de cassation retient la même solution que celle prescrite par l'avocat (au terme de laquelle le notaire est tenu, en cas de doute sur l'authenticité de la signature apposée sur un acte, de procéder à des vérifications complémentaires, et de s'abstenir de virer des fonds, en application de cet acte), elle fonde sa solution sur l'article 1382 du C. civ. alors que l'avocat l'avait rattachée à l'article 1147 du même code.

¹⁰⁰⁶ V. cep. Com., 11 janv. 1978, n°77-11.624, *Bull. civ. IV*, n°225 : On se situe à l'époque où la jurisprudence retenait, en cas d'indétermination du prix dans les contrats-cadres, leur nullité sur le fondement de l'art. 1591 du C. civ. L'avocat aux Conseils, qui souhaitait le maintien de cette solution, la rappelle en visant justement l'article 1591 du C. civ. Alors que la Cour de cassation se fonde sur le moyen pertinent pour casser l'arrêt d'appel, elle retient la nullité sur le fondement de l'art. 1129 du C. civ. et énonce une solution qui n'avait pas été proposée par l'avocat : « *Attendu qu'en vertu de ce texte, il faut, pour la validité du contrat, que la quotité de l'objet de l'obligation qui en est issue puisse être déterminée* ». Cette attitude pose difficulté car une solution inattendue est présentée comme s'appuyant sur l'argumentation de l'auteur du pourvoi, alors qu'il s'agit en réalité d'un moyen relevé d'office. Sur cette pratique de substitution officieuse de moyens cf. *infra* n°357.

*des limites du moyen, la Cour peut toujours en adopter un autre [fondement] s'il lui paraît mieux approprié à l'espèce ou plus conforme à ses usages »*¹⁰⁰⁷.

Enfin, dans 4% des cas, le juge a recours à un moyen d'ordre public et ni le texte applicable, ni la signification donnée au texte n'ont de lien avec l'interprétation de l'avocat. Il s'agit ici d'une modification du cadre fixé par l'avocat, lequel est redéfini par la Cour de cassation qui recouvre alors sa pleine liberté d'interprète¹⁰⁰⁸.

B. L'adoption de l'interprétation critiquée par l'avocat : l'arrêt de rejet

335. Le rejet, une approbation de la disposition de l'arrêt critiquée dans le pourvoi - Dans l'arrêt de rejet, la Cour de cassation estime, sur la base des moyens qui lui sont présentés, que les juges, auteurs de la décision attaquée, « *ont fait une exacte application des règles de droit* »¹⁰⁰⁹. Dotée de l'autorité de la chose jugée, la décision critiquée s'impose désormais, sans contestation possible, aux parties au litige. Elle se trouve également approuvée juridiquement, considérée comme conforme au droit. Plusieurs expressions régulièrement employées par la Cour de cassation en témoignent : la cour d'appel a « *légalement justifié sa décision* »¹⁰¹⁰, a « *retenu à bon droit* »¹⁰¹¹, « *a exactement déduit que...* »¹⁰¹², etc. C'est cette approbation juridique qui nous intéresse particulièrement car elle s'analyse, généralement, en une confirmation de l'interprétation des juges du fond.

336. Le rejet, confirmation de l'interprétation législative critiquée par le moyen - Comme nous l'avons vu, le moyen présente d'abord le dispositif et les motifs de la décision qu'il entend critiquer, pour formuler ensuite des griefs, lesquels constituent des interprétations législatives concurrentes de celles délivrées par les juges du fond¹⁰¹³. Ces derniers se livrent dans leur arrêt à une interprétation relayée dans les moyens de cassation. Comme on l'a déjà expliqué, cette interprétation se situe dans les motifs soulevés

¹⁰⁰⁷ A. Perdriau, « Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1986, p. 3259 et s., spéc. n°16.

¹⁰⁰⁸ Ces techniques seront spécifiquement étudiées dans la section suivante. Cf. *infra* n°351 et s.

¹⁰⁰⁹ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°844.

¹⁰¹⁰ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n°12-17.784, *Bull. civ. I*, n°173.

¹⁰¹¹ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-15.001, *Bull. civ. I*, n°109.

¹⁰¹² V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n°12-15.618, *Bull. civ. I*, n°167.

¹⁰¹³ Cf. *supra* n°300 et s.

par les juges du fond au soutien du dispositif¹⁰¹⁴. Or, lorsque la Cour de cassation rejette le pourvoi, elle approuve par la même occasion l'interprétation juridique contenue dans ces motifs et émanant des juridictions inférieures¹⁰¹⁵. Cette approbation de l'interprétation des juges du fond n'est pas aussi manifeste que l'approbation de l'interprétation défendue par l'avocat dans l'hypothèse d'une cassation car elle ressort d'abord, et parfois uniquement de l'examen et du rejet des moyens invoqués¹⁰¹⁶. Ceux-ci sont en effet écartés soit implicitement, soit expressément, par des formules telles que « *le moyen ne peut être accueilli* »¹⁰¹⁷, « *le moyen n'est pas fondé* »¹⁰¹⁸. De cette façon, l'interprétation des règles de droit voulue par l'avocat est écartée et celle des juges du fond confirmée. Autrement dit, la solution qui fonde le rejet du pourvoi se trouve « *dans les motifs de la décision attaquée, ou, si l'arrêt est confirmatif, dans les motifs présumés adoptés des premiers juges* »¹⁰¹⁹. Ainsi, lorsque la Cour de cassation rejette le pourvoi, elle s'appuie sur l'interprétation législative émise par les juges du fond.

Sur les cent vingt et un arrêts de rejet rendus en 2013 par la première Chambre civile de la Cour de cassation et publiés, cent dix confirment en effet l'interprétation des juges du fond en rejetant la ou les critiques qui lui sont adressées¹⁰²⁰. Concrètement, ces arrêts énoncent d'abord le ou les griefs formulés par les moyens et les rejettent dans un paragraphe précédent l'énoncé des motifs et du dispositif, lequel commence généralement par la formule « Mais attendu que... ». La Cour de cassation répond au pourvoi et explique ensuite pourquoi les règles invoquées par son auteur n'ont pas été violées en s'appuyant sur les motifs de la décision critiquée.

¹⁰¹⁴ Les motifs de contiennent en effet, sous peine de sanction, le fondement juridique et la règle appliquée, c'est-à-dire, une interprétation de ce fondement, sur ce point cf. *supra* n°301.

¹⁰¹⁵ Il est d'ailleurs possible de rapprocher cette approbation de l'interprétation des juges du fond de l'hypothèse des « motifs adoptés » par les juges du fond. Les juridictions d'appel peuvent en effet justifier leur dispositif par une motivation personnelle, on dit alors de leurs motifs qu'ils sont des « motifs propres », ou reprendre la motivation que la juridiction de première instance avait choisie, on dit alors de leurs motifs qu'ils sont des « motifs adoptés ». Dans le cas où la Cour de cassation reprend à son compte la motivation des juges du fond, ses motifs peuvent être en ce sens qualifiés de « motifs adoptés ».

¹⁰¹⁶ C'est notamment le cas dans les arrêts de non-admission, pour lesquels la Cour de cassation n'a pas à motiver sa décision de rejet, l'approbation des motifs propres ou adoptés des juges du fond étant ainsi totalement implicite. Les moyens concernés sont alors considérés comme dépourvus de sérieux, sur cette notion cf. *supra* n°104.

¹⁰¹⁷ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, n°12-26.621, *Bull. civ. I*, n°247.

¹⁰¹⁸ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, n°12-26.571, *Bull. civ. I*, n°251.

¹⁰¹⁹ J.-F. Weber, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Cycle droit et technique de cassation, BICC*, n°702, 2009, p. 9.

¹⁰²⁰ La recherche a été menée sur *Légifrance* et concerne tous les arrêts de rejet rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation en 2013 et qui ont fait l'objet d'une publication au bulletin concerné.

Prenons le cas d'un arrêt du 20 novembre 2013. La question posée par le pourvoi, relative aux régimes matrimoniaux, était la suivante : quel est le délai de prescription d'une action en partage complémentaire de biens communs prévue à l'article 892 du Code civil ? Les juges du fond avait décidé que cette action devait être considérée comme imprescriptible car « *aucun délai de prescription n'est précisé pour l'introduction d'une action en partage complémentaire, en sorte qu'il convient de faire application du droit commun du partage* »¹⁰²¹. Au contraire, l'avocat répondait que « *le partage complémentaire, au même titre que l'action en complément de part de l'article 889 alinéa 2 du Code civil, se prescrit par deux ans à compter du partage* »¹⁰²². Confrontée à cette alternative de significations, la Cour se range derrière celle des juges du fond : « la cour d'appel, saisie, sur le fondement de l'article 892 du code civil, d'une demande en partage complémentaire de biens communs omis par l'acte du 25 septembre 2001, en a justement déduit que cette action n'était pas soumise au délai prévu par l'article 889, alinéa 2, du code civil, et qu'elle était imprescriptible »¹⁰²³. Autrement dit, en reconnaissant la pertinence des motifs de la décision attaquée, elle retient la même interprétation de la disposition que celle des juges du fond.

337. Le rejet et l'adoption d'une interprétation extérieure au cadre établi par les moyens - Dans certains cas, rejeter le pourvoi ne signifie pas nécessairement confirmer l'interprétation législative adoptée par les juges du fond. Il arrive en effet que, tout en reconnaissant la pertinence des critiques adressées à la décision critiquée, la Cour décide cependant de rejeter le pourvoi. Pour ce faire, la Cour de cassation adopte une interprétation de la loi qui n'avait pas été retenue par les juges du fond en recourant à la technique de la *suppléance* ou de la *substitution de motifs*. Elle peut également écarter une partie des motifs retenus par la cour d'appel en procédant à une *abstraction des motifs surabondants*. Parmi les cent vingt décisions étudiées, onze rejettent le pourvoi et contiennent une substitution de motifs et trois une abstraction de motifs¹⁰²⁴. Puisque ces techniques relèvent de l'hypothèse

¹⁰²¹ V. les motifs reproduits dans le premier moyen au pourvoi n°12-21.621 (Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, *Bull. civ. I*, n°227).

¹⁰²² V. le premier moyen de cassation au pourvoi n°12-21.621 (Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, *Bull. civ. I*, n°227).

¹⁰²³ Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, *Bull. civ. I*, n°227.

¹⁰²⁴ V. par ex. pour une substitution de motifs : Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2013, n°11-10.588, *Bull. civ. I*, n°9 : la Cour d'appel avait décidé à propos de l'article L. 341-4 du Code de la consommation qu'il n'était pas applicable au litige, au motif que cette disposition ne protégeait pas les cautions dirigeantes, alors que l'avocat soutenait au contraire que cette disposition s'appliquait aux cautions profanes comme aux cautions dirigeantes. La Cour de cassation, qui n'adopte ni l'une ni l'autre des solutions, considère, comme la Cour d'appel que la disposition est inapplicable car le juge étranger, saisi du litige, pouvait la laisser inappliquée sans méconnaître « la conception française de l'ordre public international ».

spécifique dans laquelle la Cour n'applique pas le cadre préalablement posé par les moyens, nous les aborderons dans des développements autonomes¹⁰²⁵.

338. Le visa facultatif des fondements soutenant la décision du fond - Comme certains auteurs le déplorent¹⁰²⁶, les règles de droit visées par la Cour suprême se retrouvent rarement dans les arrêts de rejet. Il va sans dire que dans les arrêts de non-admission, aucun visa n'est observable puisqu'aucune justification n'est nécessaire. De même, dans les arrêts de rejet traditionnels, la Cour de cassation n'a pas non plus pour habitude de viser les dispositions textuelles qui justifie ses solutions, y compris lorsque ses arrêts sont jugés suffisamment importants pour être publiés au Bulletin. Ainsi, sur les cent vingt et un arrêts de rejet rendus par la première Chambre civile en 2013, seuls cinquante cinq contiennent une solution se rattachant expressément à un visa. Dans cette hypothèse, le texte est soit visé dans un chapeau de tête, soit *in fine* à la suite de la formule « *Mais attendu que...* ».

Par ailleurs, et comme nous l'avons constaté pour les arrêts de cassation¹⁰²⁷, le choix du texte applicable comme celui du sens à accorder à ce texte sont purement subjectifs en cas de rejet du pourvoi. Lorsque la Cour de cassation adopte la même solution que les juges du fond en la validant, elle vise généralement le même texte que les juges du fond¹⁰²⁸, mais il arrive en effet parfois qu'elle lui substitue ou ajoute un visa auquel les juges du fond n'avaient pas pensé¹⁰²⁹.

339. Propos conclusifs - En définitive, dans les arrêts de rejet comme dans les arrêts de cassation, la Cour de cassation ne dépasse que très rarement le cadre fixé par le ou les moyens soulevés à l'appui du pourvoi. L'alternative, offerte par le moyen, entre l'interprétation critiquée et l'interprétation souhaitée par l'avocat, est, la plupart du temps, respectée par la Haute juridiction. Son interprétation s'inspire en effet très largement de celle de

¹⁰²⁵ Ces techniques seront spécifiquement définies, envisagées et illustrées dans la section suivante : cf. *infra* n°353 et s.

¹⁰²⁶ A. Perdriau, « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1995, p. 3866 et s. L'auteur déplore que les visas ne se retrouvent que dans les décisions de cassation dans la mesure où les arrêts de rejet sont parfois d'une grande importance.

¹⁰²⁷ Cf. *supra* n°334.

¹⁰²⁸ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n°12-21.443, *Bull. civ. I*, n°82.

¹⁰²⁹ Par ex. : Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-21.194, *Bull. civ. I*, n°117 : la cour d'appel avait décidé, en se fondant sur les articles 1147 du C. civ. et 1142-1 du CSP que « le patient susvisé était hospitalisé sous le régime de l'hospitalisation libre et que, dans cette hypothèse, le principe applicable est celui de la liberté d'aller et de venir » (motifs reproduits dans le moyen unique). La Cour de cassation retient la même solution : « une personne hospitalisée sous le régime de l'hospitalisation libre pour des troubles mentaux dispose des mêmes droits liés à l'exercice des libertés individuelles que ceux qui sont reconnus aux malades hospitalisés pour d'autres causes, que, dans cette hypothèse, le principe applicable est celui de la liberté d'aller et venir » et la rattache à l'article L3211-2 du CSP. Les moyens reposaient quant à eux sur l'article 1147 du C. civ.

l'avocat (cassation) ou de celles des juges du fond (rejet), les cas dans lesquels elle n'applique pas totalement ou pas du tout le cadre étant rares. C'est dans ce respect de l'alternative préétablie que nous semble alors se trouver une explication de la régularité décisionnelle.

§2. Une application source de régularité décisionnelle

340. Si l'on retient, comme invite à le faire la *Théorie réaliste de l'interprétation*, que la Cour de cassation est libre d'interpréter les énoncés juridiques comme elle le souhaite, il convient de se demander pourquoi, paradoxalement, « *la plupart* [des interprétations] *retenues en droit positif se resserre dans un cadre limité et relativement cohérent* »¹⁰³⁰. L'enjeu de la démonstration à venir consiste justement à identifier dans l'application courante du cadre prédéfini par l'avocat, l'origine de ce resserrement, de cette régularité décisionnelle. L'application du cadre emporte effectivement deux conséquences susceptibles d'expliquer ce « *resserrement* » autour d'un nombre limité de solutions. La première est qu'en décidant de se prononcer à l'intérieur du cadre, la Cour de cassation ne peut exercer ses facultés d'interprète qu'à partir de l'interprétation critiquée (motifs des juges du fond) ou de l'interprétation souhaitée (moyens de cassation) par l'avocat. L'application du cadre limite donc ses possibilités d'interprétation (A). Par ailleurs, dans la mesure où le cadre véhicule, la plupart du temps, des interprétations construites à partir de la jurisprudence antérieure de la Cour, son application favorise également le choix d'une solution cohérente, c'est-à-dire d'une solution qui ne contredit pas la jurisprudence antérieure (B).

A. Une application limitant les possibilités d'interprétation

341. L'effet de la contrainte de justification, d'un contexte de liberté totale à un contexte de liberté limitée - On a déjà expliqué pourquoi la Cour de cassation consent, la plupart du temps, à exercer ses compétences juridictionnelles et interprétatives dans le cadre des moyens et du pourvoi qui les déclenchent : elle cède à une contrainte de justification¹⁰³¹. Mais, il faut encore souligner les conséquences de cette application. L'application du cadre a pour effet de neutraliser la liberté de l'interprète. Il n'est plus maître de son interprétation et

¹⁰³⁰ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 11.

¹⁰³¹ Cf. *supra* n°321.

devra faire reposer sa décision sur les moyens soulevés par l'avocat, en les accueillant (cassation) ou en les écartant (rejet). Seul le recours à des techniques permettant d'outrepasser ou d'écarter le cadre prédéterminé, tel que le moyen de pur droit, la substitution de motifs ou l'*obiter dictum* lui permet de recouvrir une liberté totale¹⁰³². Ainsi, l'application du cadre réduit considérablement les possibilités d'interprétation de la Haute juridiction. L'éventail des solutions, potentiellement infini, se trouve réduit désormais à une dualité de solutions.

Il pourrait être objecté que puisque la Cour de cassation est libre de transgresser les limites du cadre, elle n'est pas contrainte par ce cadre. Cet argument peut être triplement relativisé. Déjà, cette objection est constitutive d'une contradiction performative puisqu'elle revient à admettre l'existence d'un cadre. Par ailleurs, dès lors que la transgression du cadre doit être justifiée (*effet de la contrainte de justification*), la Cour souveraine ne peut pas le transgresser sans s'en expliquer, ou sans risquer de devoir s'en expliquer. Enfin, nier le caractère contraignant du cadre autoriserait alors à nier le caractère contraignant d'autres éléments pourtant identifiés comme des contraintes juridiques. La jurisprudence antérieure constitue par exemple, au sens des promoteurs de la *TCJ*, une contrainte qui s'impose aux juridictions souveraines. Ces dernières sont certes libres de ne pas respecter leurs précédents, mais elles sont rationnellement et généralement contraintes de les appliquer. Il en va de même pour le cadre artificiellement créé par l'auteur du pourvoi. Pourtant libre de le transgresser, la Cour de cassation est généralement contrainte de l'appliquer.

342. D'un nombre infini à une dualité de solutions possibles - La Cour de cassation est saisie de questions juridiques précises par l'effet du pourvoi. Le débat en cassation est délimité par les moyens soulevés et elle ne peut, sauf à sortir du cadre préalablement posé, en modifier les termes. C'est ce qui ressort des développements du paragraphe précédent : l'arrêt de cassation consiste à réaffirmer la solution prescrite par l'avocat alors que l'arrêt de rejet consiste à réaffirmer la solution critiquée par l'avocat. La solution choisie est donc tirée d'une solution préexistante.

La marge de manœuvre de la Cour de cassation, réduite dans le choix de la solution, est toutefois élargie lorsqu'il lui faut rattacher la solution choisie à une disposition textuelle ou à un principe. Si dans les arrêts de cassation, elle reprend souvent le visa du moyen sur lequel la cassation repose, il se peut qu'il diffère¹⁰³³. De même, dans les arrêts de rejet, lorsqu'elle décide de se référer à un énoncé juridique, elle peut, tout en adoptant la même solution que les

¹⁰³² Cf. *supra* n°350 et s.

¹⁰³³ Cf. *supra* n°333.

juges du fond, lui donner une assise textuelle différente¹⁰³⁴. Cette constatation qui finit de nous convaincre du caractère illusoire de l'application mécanique et cognitive des lois, n'entame en rien notre démonstration. La liberté des magistrats dans l'attribution d'un fondement textuel à la solution ne saurait en effet masquer le fait qu'ils se contentent généralement d'appliquer mécaniquement l'une des solutions comprises dans le cadre déterminé par l'auteur du pourvoi.

En définitive, l'existence d'un cadre déterminé, en amont, par l'avocat restreint considérablement les possibilités d'interprétation de la Cour de cassation même si elle ne les supprime pas totalement. La juridiction est encore libre de faire un choix entre l'interprétation critiquée ou l'interprétation prescrite par l'avocat aux Conseils mais il faut convenir qu'il s'agit d'une liberté réduite à un simple droit d'option entre l'une ou l'autre de ces significations. Par ailleurs, quelle que soit l'option finalement choisie par la juridiction, l'application du cadre prédéterminé par le pourvoi favorise la régularité décisionnelle.

B. Une application favorisant le choix d'une solution cohérente

343. Un cadre véhiculant la jurisprudence antérieure - Les interprétations comprises dans le cadre sont généralement construites à partir de la jurisprudence antérieure, conduisant ainsi la Cour de cassation à opter pour une solution qui s'inscrit dans un mouvement continu et prévisible. Si le cadre est un vecteur de transmission de la jurisprudence antérieure, c'est en raison de la rationalité de ceux qui y participent. Les juges du fond et l'avocat se réfèrent en effet autant que possible à la jurisprudence antérieure, pour des raisons qui leur sont propres.

344. Le rapport des juges du fond à la jurisprudence antérieure, une contrainte hiérarchique - Les juges du fond, dont la solution est contestée par l'avocat aux Conseils, la choisissent généralement compte tenu de la jurisprudence antérieure. Il est d'ailleurs aisé de le démontrer, car les juridictions inférieures, contrairement aux avocats aux Conseils et à la Cour de cassation¹⁰³⁵, se réfèrent souvent expressément aux arrêts sur lesquels ils font reposer

¹⁰³⁴ Cf. *supra* n°339.

¹⁰³⁵ Sur les références seulement implicites à la jurisprudence dans les moyens de cassation, cf. *infra* n°394 et s.

leurs décisions. Par exemple, dans un arrêt récent de Chambre sociale¹⁰³⁶, les motifs de la décision contestée visaient sept arrêts de la Cour de cassation au soutien de la solution adoptée. Le contenu de l'un d'entre eux est clairement identifiée par la cour d'appel : « *l'erreur sur des droits incertains (en l'espèce, sur les dommages et intérêts susceptibles d'être alloués par le juge) n'est pas de nature à invalider une transaction. (Cass. soc., 24 févr. 2004, n°01-44. 356, Piloti c/ Sté Idatec)* »¹⁰³⁷. Or, la Cour de cassation valide la solution comprise dans ces motifs en la réaffirmant à son tour : « Mais attendu, que l'erreur sur des droits incertains n'est pas de nature à invalider une transaction (...) ».

Cette prise en considération de la jurisprudence n'est pas le signe d'une déférence désintéressée à l'égard de l'œuvre intellectuelle de la Cour de cassation mais s'explique par la crainte des conséquences liées à sa méconnaissance. En tant qu'acteur juridique rationnel, la juridiction du fond a « *une propension à vouloir défendre sa sphère de compétence, à ne pas vouloir que sa décision soit renversée* »¹⁰³⁸. Elle exerce effectivement son office sous l'autorité hiérarchique de la Cour de cassation, qui peut, par la voie de la cassation, la désavouer¹⁰³⁹. En conséquence, il est de son intérêt de construire sa décision sur la base des précédents émis par la juridiction chargée de contrôler son bien-fondé. Bien sûr, elle visera toujours un énoncé ou un principe législatif, mais « *il lui faut accepter de s'impliquer directement, là et quand elle juge, en faisant totalement siens les raisonnements et les solutions déjà retenus* »¹⁰⁴⁰.

Toutefois, cette soumission n'est pas sans limites. D'une part, et à l'évidence, il se peut qu'il n'existe pas de jurisprudence antérieure susceptible d'être mobilisée¹⁰⁴¹. Dans cette hypothèse, les juges du fond sont plus libres dans la détermination de la solution juridique. D'autre part, ils peuvent volontairement faire échec à l'application d'une solution préalablement posée par la Cour de cassation, c'est ce qu'on appelle la résistance des juges du

¹⁰³⁶ Soc., 4 févr. 2015, n°13-28.855. En l'espèce, plusieurs salariés avaient été licenciés pour motif économique et avaient accepté de conclure une transaction avec leur employeur, s'engageant, en contrepartie d'avantages, à ne plus agir en justice contre ce dernier. Or, ceux qui n'avaient pas accepté la transaction avaient, par la voie judiciaire, en contestant le caractère réel et sérieux de leur licenciement, obtenu une indemnité bien supérieure. C'est ainsi que les premiers salariés ont ensuite cherché à faire annuler leur transaction sur le fondement de l'erreur.

¹⁰³⁷ V. motifs retranscrits dans le moyen unique au pourvoi précité.

¹⁰³⁸ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak. *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 15.

¹⁰³⁹ C'est là sa mission première que de vérifier la conformité de la décision qui fait l'objet d'un pourvoi aux règles de droit, V. art. 604 du CPC, v. sur ce point F. Zénati, « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, n°575, 2003, et plus spéc. les développements consacrés à la nature répressive de la Cour de cassation.

¹⁰⁴⁰ L.-X. Simonel, « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1999, p. 1990 et s., n°21.

¹⁰⁴¹ Dans l'hypothèse d'une loi nouvelle ou d'un cas nouveau, mais alors dans cette hypothèse, la solution de la Cour de cassation sera également nouvelle, cf. *infra* n°437 et s.

fond. Cette résistance peut s'organiser à l'occasion d'un seul et même litige, lorsque la Cour de cassation renvoie les parties devant les juges du fond et que ces derniers refusent de se soumettre à sa doctrine. Cette situation « *permet, par la conjonction de plusieurs juridictions inférieures, de mettre en relief l'incertitude persistante sur une question très discutable* »¹⁰⁴². Cette résistance, qui entraîne l'intervention l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, s'achèvera soit par une victoire¹⁰⁴³ soit par une mise au pas définitive des juges du fond¹⁰⁴⁴.

Cela dit, l'entreprise de révolte n'est pas toujours aussi éclatante, elle peut être « *insidieuse ou larvée* »¹⁰⁴⁵. Par exemple, la Cour de cassation a décidé que les salariés ayant travaillé dans des établissements fabricant ou traitant des matériaux contenant de l'amiante, pouvaient demander à leur employeur la réparation d'un préjudice d'anxiété, sans avoir à prouver la réalité du préjudice, en fournissant notamment des certificats médicaux¹⁰⁴⁶. Dans un litige ultérieur, la cour d'appel de Lyon, a, contrairement à la solution précitée, débouté un salarié concerné aux motifs qu'il n'a pas « *apporté la preuve de la réalité, de la certitude et de l'étendue des préjudices dont il réclame l'indemnisation* »¹⁰⁴⁷. L'arrêt est cassé sur ce point par la Cour de cassation qui s'appuie sur le second moyen de cassation, contenant le rappel de

¹⁰⁴² P. Hébraud, « Le juge et sa jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 346.

¹⁰⁴³ Les juges du fond qui résistent à la Cour de cassation obtiennent satisfaction en cas de rejet d'un second pourvoi contenant pourtant les mêmes moyens que ceux qui avaient conduit à une première cassation. Il arrive toutefois que le rejet, à la suite d'un second pourvoi, traduise une victoire bien moins éclatante des juges du fond. La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi, réaffirmer sa solution et considérer de manière toute relative la volonté des juges du fond. V. par ex. Ass. plén., 4 févr. 2011, n°09-14.619, *Bull. Ass. plén.*, n°2. Dans cet arrêt de rejet, la Cour réaffirme la solution, qui avait pourtant essuyé une résistance des juges du fond, selon laquelle « la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial, donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration des créances » mais elle ajoute, en considération de la position des juges du fond qu'« en cas de contestation, il peut en être justifié jusqu'au jour où le juge statue ».

¹⁰⁴⁴ V. par ex. le célèbre arrêt Perruche : Ass. plén., 17 nov. 2000, n°99-13.701, *Bull. Ass. plén.*, n°7. Cette deuxième cassation, prononcée par l'Assemblée plénière, contraint les juges du fond à se ranger définitivement derrière la doctrine de la Cour, v. sur ce point précis le commentaire de R. Libchaber, « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », com. sous Ass. plén., 17 nov. 2000, *RTD Civ.*, 2001, p. 226 et s.

¹⁰⁴⁵ C. Atias, « L'image doctrinale de la Cour de cassation », *D. Chron.*, 1993, p. 134.

¹⁰⁴⁶ V. en premier Soc., 4 déc. 2012, n°11-26.294 : « Mais attendu que la cour d'appel, qui a constaté que la salariée, qui avait travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvait, de par le fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'elle se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers, a ainsi caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété et légalement justifié sa décision ».

¹⁰⁴⁷ V. les motifs rapportés dans le deuxième moyen au pourvoi n°12-29.825.

sa jurisprudence antérieure¹⁰⁴⁸. La Cour de cassation dispose donc du moyen d'imposer ses décisions aux juges du fond.

Il faut, pour conclure, préciser que cette tendance à la rébellion est non seulement épisodique mais qu'elle est également contrebalancée par l'argumentaire de l'avocat qui aura alors tout intérêt à préconiser, comme dans le dernier exemple, et à l'inverse des juges du fond, la réaffirmation de sa position par la Cour de cassation.

345. Le rapport des avocats aux Conseils à la jurisprudence antérieure, une autorité persuasive - De leur côté, les avocats construisent leur argumentation en fonction de l'intérêt du client. Or, lorsqu'il existe dans la jurisprudence antérieure, une solution qui permet de servir l'intérêt représenté, alors l'avocat ne peut que rationnellement l'utiliser afin d'inciter son interlocuteur, la Cour de cassation, à la réaffirmer. L'avocat gagne en effet à opposer à la Cour de cassation sa propre production normative car ce faisant, il sert l'intérêt de son client et se prémunit également contre une action en responsabilité pour manquement au devoir de compétence¹⁰⁴⁹. Par exemple, la solution posée dans les célèbres arrêts du 1^{er} décembre 1995¹⁰⁵⁰ selon laquelle « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation », a été reprise, dans les mêmes termes, plus d'une dizaine de fois par les avocats aux Conseils au soutien de leurs pourvois entre 1997 et 2012¹⁰⁵¹. La construction de l'interprétation en fonction de la jurisprudence antérieure est en effet une pratique très courante et nous renvoyons le lecteur en quête d'illustrations supplémentaires aux développements qui lui sont entièrement consacrés¹⁰⁵².

En revanche, lorsqu'il n'existe pas de solutions antérieures, ou de solutions antérieures profitables, l'avocat prescrit une solution nouvelle. Cette solution contraire, lorsqu'il en existe un, le dernier état de la jurisprudence généralement suivi par les juges du fond.

¹⁰⁴⁸ Soc., 2 avril 2014, n°12-29.825, *Bull. civ.* V, n°95 : « Attendu que le salarié qui a travaillé dans l'un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi n°98-1194 du 23 décembre 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante se trouve, du fait de l'employeur, dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante, qu'il se soumette ou non à des contrôles et examens médicaux réguliers (...) ».

¹⁰⁴⁹ Une action a déjà pu être engagée à l'encontre d'un avocat à la Cour de cassation qui avait oublié de se référer à la solution profitant à son client selon laquelle le salarié tenu par une clause de non-concurrence est en droit de réclamer une contrepartie financière, Cf. *infra* n°406.

¹⁰⁵⁰ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.999, n°91-19.653, n°91-15.578, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9.

¹⁰⁵¹ Dans l'ordre chronologique : pourvois n°95-21.001, n°96-11.147, n°96-13.295, n°96-11.874, n°95-21.906, n°95-18.278, n°95-18.134, n°96-14.598, n°96-13.294, n°96-10.901, n°97-10.455, n°11-12.949.

¹⁰⁵² Cf. *infra* n°393 et s.

Pour reprendre l'exemple précité, dans l'affaire ayant mené à l'un des arrêts du 1^{er} décembre 1995¹⁰⁵³, était en jeu la validité d'un contrat de franchise par lequel le « franchisé » s'engageait à se fournir exclusivement auprès du « franchiseur » au tarif en vigueur lors des commandes. Les juges du fond avaient annulé la convention pour indétermination du prix sur le fondement de l'article 1129 du Code civil en « *suivant la jurisprudence habituelle* »¹⁰⁵⁴. L'avocat, qui défendait l'intérêt du franchiseur ne pouvait que recommander une solution nouvelle, puisqu'aucune décision antérieure ne lui garantissait le succès de la prétention de son client. Il prescrivit donc la solution selon laquelle « *le contrat de franchise est distinct des contrats de vente successifs conclus ultérieurement entre le franchiseur et le franchisé* » pour affirmer ensuite que nullité ne pouvait pas frapper le contrat de franchise en cause, mais seulement les contrats de vente ultérieurs¹⁰⁵⁵.

Il est toutefois rare que l'avocat ne trouve pas dans la jurisprudence antérieure une solution profitable à l'intérêt représenté. La plupart du temps en effet, il utilise des précédents de la Cour de cassation pour la contraindre à les réaffirmer. Cette volonté d'orienter le contenu de la décision de la Cour de cassation vers une solution que la juridiction a antérieurement admise fera l'objet d'une étude autonome dans le prochain titre¹⁰⁵⁶.

346. La rationalité des interprètes au service de la circulation de la jurisprudence antérieure - Le cadre décisionnel fixé par le pourvoi, dans lequel se trouvent la solution des juges du fond et la solution de l'avocat aux Conseils constitue, sauf dans l'hypothèse d'une loi ou d'un cas nouveau, un vecteur de transmission des solutions antérieures. Il est en effet fréquent, que l'une des solutions du cadre soit construite sur la base de la jurisprudence antérieure. Il arrive même que les deux solutions soient issues de la jurisprudence antérieure, l'une étant plus ancienne ou plus isolée que l'autre. Par exemple, dans l'affaire ayant mené à l'arrêt du 17 janvier 2007, aux termes duquel « l'acquéreur même professionnel n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis »¹⁰⁵⁷, les juges du fond et l'avocat du demandeur au pourvoi avaient formulé deux solutions contradictoires, pourtant issues de la jurisprudence antérieure. Les juges du fond avait décidé que l'acheteur, qui avait caché au vendeur une information déterminante de son

¹⁰⁵³ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-19.653, *Bull. Ass. plén.*, n°8.

¹⁰⁵⁴ Concl. M. Jéol, *D.* 1996, p. 13 et s., sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9, V. en ce sens: Com., 5 nov. 1991, n°90-11.694, *Bull. civ.* IV, n°335, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir annulé un contrat de franchise avec clause d'approvisionnement exclusif pour indétermination du prix.

¹⁰⁵⁵ V. 1^{ère} branche du moyen unique au pourvoi n°91-19.653.

¹⁰⁵⁶ Sur ce point, cf. *infra* n°393.

¹⁰⁵⁷ Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n°06-10.442, *Bull. civ.* III, n°5.

consentement, avait manqué à son devoir de loyauté et avait commis un dol par réticence au sens de l'article 1116 du Code civil entraînant l'annulation de la vente. Cette solution qui tend à assimiler la réticence de l'acheteur à un manquement à la bonne foi avait déjà été posée en 1991 par la Cour de cassation¹⁰⁵⁸. De son côté, l'avocat du demandeur, qui plaidait pour le maintien de la vente s'est logiquement fondé sur une solution plus récente, celle de l'arrêt *Baldus*¹⁰⁵⁹ dans un moyen unique : « *Alors que l'acquéreur, qui n'est pas débiteur d'une obligation d'information à l'égard du vendeur, n'est pas tenu de révéler à ce dernier la valeur exacte du bien immobilier que le vendeur a pris l'initiative de proposer à la vente* »¹⁰⁶⁰. Par son contenu, le cadre décisionnel prédéfini par l'auteur du pourvoi invite donc la Cour de cassation à appliquer ses précédentes solutions.

347. La rationalité de la Cour de cassation au service de la circularité de la jurisprudence - Si la Cour de cassation n'est pas obligée par la loi, elle est contrainte par sa propre jurisprudence. Il s'agit d'« *une contrainte de cohérence, pratiquée par la quasi-totalité des organes juridictionnels, pourtant libres de changer leurs propres décisions sans arrêt* »¹⁰⁶¹. Autrement dit, la Cour de cassation, qui cherche rationnellement à « *préserver son existence institutionnelle* »¹⁰⁶² et à maintenir son pouvoir, a intérêt à se montrer cohérente avec ses positions antérieures afin de garantir sa légitimité auprès des justiciables. Dans le cas inverse, elle prend le risque d'une perte de légitimité voire d'une perte de pouvoir décidée par un autre acteur juridique, tel que le législateur¹⁰⁶³ car « *il est clair que les juridictions inférieures et les justiciables seraient dans l'incapacité de conformer leur conduite à la volonté* »¹⁰⁶⁴ de la Cour de cassation. La contrainte provient donc ici du précédent. Véhiculée par le cadre décisionnel, elle pousse la Cour de cassation, à exercer son activité interprétative

¹⁰⁵⁸ Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n°89-16.975, *Bull. civ.* III, n°108 : « Vu l'article 1116 du Code civil, (...) sans rechercher si la réticence (...) ne constituait pas un manquement à la bonne foi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁰⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ.* I, n°131 : « alors qu'il ne pesait sur l'acheteur aucune obligation d'information ».

¹⁰⁶⁰ 1^{ère} branche du moyen unique au pourvoi n°06-10.442.

¹⁰⁶¹ Ch. Grzegorzczuk, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai d'une reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 34.

¹⁰⁶² V. la modélisation de l'*homo juridicus*, M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁶³ L'histoire fournit une illustration de ce que l'instabilité jurisprudentielle aboutit parfois à des mesures visant à limiter le pouvoir créateur des juridictions avec l'instauration du référé législatif, qui existait déjà auparavant, par l'article 12 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 qui prévoyait en effet que les tribunaux « *ne pourront point faire de règlements, mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle* », sur ce point cf. *supra* n°1.

¹⁰⁶⁴ M. Troper, « La force de la contrainte et la causalité juridique : obligation, obéissance, argumentation », *Actes de savoir* (Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France), 2007, p. 17 et s., rééd. in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 15.

sur la base des précédents qui lui sont rappelés explicitement par les juges du fond et implicitement par l'auteur des moyens de cassation. Il se produit en conséquence un effet de circularité. La Cour de cassation est à l'origine d'interprétations authentiques qui seront utilisées par les acteurs du procès et qui seront de nouveau proposées à la Cour de cassation. Comme le précise en ce sens Pascale Deumier, « *la Cour de cassation n'intervient pas dans un environnement vierge mais vient inscrire sa décision présente dans une lignée jurisprudentielle passée (...)* »¹⁰⁶⁵.

Cette circularité a été mise en lumière par Daniel Mainguy, qui lui consacre une étude dont le postulat est clair : « *le plus souvent, le juge interprète sa propre interprétation* »¹⁰⁶⁶. La norme, qui résulte d'une première interprétation, imprime au texte une signification particulière qui sera ensuite appliquée à un cas identique, étendue ou non à un cas voisin. Dans cette dynamique, « *c'est en fonction d'intérêts divers que le juge, le praticien, (...) reconnaîtront la valeur d'un arrêt pour une nouvelle interprétation de l'interprétation* »¹⁰⁶⁷. Autrement dit, les juges du fond, comme les avocats aux Conseils, déterminent quelle norme antérieurement posée par la Cour de cassation trouve à s'appliquer dans le litige qui les fait intervenir.

Par exemple, lorsque s'est présentée devant les juges du fond, l'hypothèse d'un acheteur de biens meubles qui cache au vendeur une information décisive de son consentement, les juges du fond qui ont conclu à l'annulation du contrat, ont appliqué une solution de la Cour de cassation dégagée en matière de vente immobilière¹⁰⁶⁸ à une vente mobilière. En d'autres termes, l'article 1116 du Code civil visé dans les motifs de la décision des juges du fond est en fait l'article 1116 tel qu'interprété en 1991 par la Cour de cassation¹⁰⁶⁹. De la même manière, bien que l'arrêt *Baldus* pose la solution selon laquelle l'acheteur n'est pas tenu d'une

¹⁰⁶⁵ P. Deumier, « Rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 66.

¹⁰⁶⁶ D. Mainguy, « L'interprétation de l'interprétation - Variations normatives II », *JCP G.*, 2011, p. 603 et s., spéc. n°1.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*, n°7. Sur l'expression « *interprétation de l'interprétation* », il ne s'agit pas de dire que la Cour de cassation recherche par là le sens de ses anciennes interprétations authentiques, il s'agit plutôt de montrer qu'elle peut être amenée à en préciser la portée temporelle ou encore le domaine (la solution retenue pour un contrat peut être étendue ou non à un autre de type de contrats) dans une nouvelle norme en vigueur, sur ce point cf. *infra* n°426 et s.

¹⁰⁶⁸ V. Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n°89-16.975, *Bull. civ.* III, n°108 : « Vu l'article 1116 du Code civil, (...) sans rechercher si la réticence (...) ne constituait pas un manquement à la bonne foi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹⁰⁶⁹ V. les motifs adoptés par les juges du fond et exposés dans l'arrêt *Baldus* (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ.* I, n°131). La Cour d'appel de Versailles a effectivement conclu que l'acheteur, ayant caché à son cocontractant une information essentielle de son consentement, a manqué à son devoir de bonne foi et ainsi commis un dol par réticence. Elle opère donc le même lien que celui opéré dans l'arrêt de 1991 entre la réticence dolosive et le devoir de bonne foi.

obligation d'information¹⁰⁷⁰, cette solution avait été appliquée à un acquéreur non professionnel si bien que restait entière la question de son extension à l'acheteur professionnel. L'avocat aux Conseils, qui dans un litige ultérieur, était justement chargé de défendre un acquéreur professionnel qui avait retenu certaines informations essentielles au consentement du vendeur, avait donc tout intérêt à se fonder sur la solution de l'arrêt *Baldus*. C'est ce qu'il fit : « l'acquéreur, qui n'est pas débiteur d'une obligation d'information à l'égard du vendeur, n'est pas tenu de révéler à ce dernier (...) »¹⁰⁷¹, invitant ainsi la Cour de cassation à réaffirmer sa solution en l'étendant à l'acheteur professionnel, ce qu'elle fit¹⁰⁷². Le moyen est fondé sur une règle, qui n'est en rien contenue dans l'article 1116 du Code civil, mais qui provient de la jurisprudence et plus précisément encore de l'arrêt *Baldus*. Il se produit donc, par le jeu des intérêts à l'œuvre, une circularité de la jurisprudence qui tend à expliquer la régularité décisionnelle.

348. Limites - Il faut toutefois signaler l'hypothèse dans laquelle la Cour de cassation n'adopte pas une solution conforme à sa jurisprudence antérieure alors même qu'elle applique l'une des solutions contenues dans le cadre.

D'une part, si la question qui lui est posée par le pourvoi est nouvelle, les interprétations qui seront contenues dans le cadre le seront également et l'arrêt qui viendra ponctuer le litige contiendra à son tour une solution innovante. Par exemple, dans l'arrêt « *Our body* »¹⁰⁷³, la Cour de cassation devait se prononcer sur une question nouvelle, celle de savoir si le contrat d'assurance, visant à garantir les pertes financières liées à l'annulation d'une exposition de corps de personnes défunt, était nul pour défaut d'objet alors qu'au moment de sa conclusion, l'article 16-1-1 du Code civil selon lequel « *le respect du corps humain ne cède pas avec la mort (...)* », n'était pas entré en vigueur. La Cour de cassation applique le

¹⁰⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ. I*, n°131 : « alors qu'il ne pesait sur l'acheteur aucune obligation d'information ».

¹⁰⁷¹ Moyen unique au pourvoi n°06-10.442 (Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, *Bull. civ. III*, n°5).

¹⁰⁷² Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n°06-10.442, *Bull. civ. III*, n°5 : « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur (...) ».

¹⁰⁷³ Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *Bull. civ. I*, n°178.

cadre, en reprenant les motifs des juges du fond¹⁰⁷⁴, mais sa décision est nouvelle en ce qu'elle constitue la première réponse apportée au problème en cause. Appliquer le cadre ne signifie donc pas nécessairement réaffirmer une solution antérieure, car, dans ce cas précis, le cadre ne transporte pas de précédent de la Cour de cassation qui la conduirait à le réaffirmer¹⁰⁷⁵.

D'autre part, il se peut que parmi les deux solutions qui lui sont proposées, l'une soit novatrice et que la Cour de cassation la retienne au détriment de l'autre qui s'appuyait pourtant sur sa position antérieure. Le cadre se trouve appliqué mais la solution issue de la jurisprudence antérieure écartée. Par exemple, lorsque dans l'un de ces arrêts du 10 juillet 2002, la Cour de cassation s'est appuyée sur le premier moyen au pourvoi pour conditionner la validité d'une clause de non-concurrence au versement d'une contrepartie financière¹⁰⁷⁶, elle a écarté les motifs de la cour d'appel¹⁰⁷⁷ qui se fondaient pourtant expressément sur une solution qu'elle avait posée dans un arrêt de 1982 aux termes duquel la validité d'une clause de non-concurrence n'est pas « subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation pécuniaire »¹⁰⁷⁸. Dans ce cas, la Cour résiste à la contrainte de cohérence, laquelle aurait dû la conduire à réaffirmer sa solution antérieure, pour des raisons qu'on ne saurait identifier dans la présente étude.

¹⁰⁷⁴ Motifs reproduits dans le 1^{er} moyen au pourvoi précité n°13-19.729 : « *Mais considérant que (...), ces dispositions nouvelles, d'ordre public, n'ont fait qu'étendre explicitement au cadavre humain la protection de la dignité et du respect dus à l'être humain découlant de l'article 16 du Code civil, étant observé qu'au moment de la formation du contrat, les articles 16-1 et 16-5 prohibaient déjà la patrimonialisation du corps humain et l'article 16-3 l'atteinte à l'intégrité du corps humain, sans distinguer entre le corps des personnes vivantes et celui des morts (...)* Considérant que l'utilisation à des fins commerciales de dépouilles et organes de personnes humaines dont il n'a pu être démontré qu'elles y avaient personnellement consenti avant leur décès ou que des personnes autorisées l'avaient fait postérieurement, se heurtaient dès lors aux principes fondamentaux d'ordre public relatifs à la dignité et au respect de l'être humain, qui ne cessent pas avec sa mort et s'attachent donc à son cadavre ». Le contrat était donc déjà dépourvu de cause. Comp. avec la solution de la Cour de cassation : « Mais attendu que le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n°2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil (...) ».

¹⁰⁷⁵ Il faut toutefois signaler que les motifs de la cour d'appel, qui sont rappelés par le pourvoi et validés dans l'arrêt de rejet de la Cour de cassation, signalent l'existence d'un principe de respect dû au corps humain y compris après sa mort et signalent également que ce principe avait été formulé par le Conseil d'État. V. extrait des motifs de la cour d'appel reproduits dans le 1^{er} moyen de cassation à l'appui du pourvoi précité : « *Qu'ainsi le Conseil d'État, dans un arrêt n°124960 du 2 juillet 1993, a jugé que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine ne cessaient pas de s'appliquer avec la mort de celle-ci* ». En d'autres termes, le cadre véhiculait un précédent d'un autre interprète authentique qui a pu conduire la Cour de cassation à faire le choix de la convergence entre les jurisprudences judiciaires et administratives. Sur cet arrêt cf. égal. *infra* n°449.

¹⁰⁷⁶ Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.135, *Bull. civ. V*, n°239 : « Mais sur le premier moyen, (...) Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle (...) comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ».

¹⁰⁷⁷ V. par les motifs de la cour d'appel reproduits et critiqués dans le 1^{er} moyen au pourvoi n°00-45.135.

¹⁰⁷⁸ V. en premier Soc., 6 mai 1982, n°79-42.739, *Bull. civ. V*, n°279.

349. Propos conclusifs - L'application du cadre est donc source de régularité décisionnelle car elle opère un double resserrement. Le premier s'explique par l'existence même d'un cadre décisionnel qui enserme l'activité interprétative de la Cour de cassation : celle-ci pouvant retenir la solution préconisée par l'avocat ou celle posée par les juges du fond. Le second s'explique par le contenu du cadre décisionnel. Dans la mesure où les solutions qu'il renferme sont, la plupart du temps, construites à partir des précédents de la Cour de cassation, celle-ci est tenue de les prendre en considération et se trouve, de fait, contrainte d'appliquer ses interprétations dans d'autres litiges. Elle peut les confirmer, les étendre, les restreindre ou plus rarement les abandonner. Comme le souligne Daniel Mainguy : « *la jurisprudence est davantage faite d'avancées jurisprudentielles, d'accommodements, de limites (...) que de renversements de jurisprudence* »¹⁰⁷⁹. En toutes hypothèses, l'application du cadre décisionnel dès lors qu'elle se traduit par l'adoption d'une solution se référant à un précédent de la Cour de cassation, se présente comme une explication, recherchée par la *Théorie des contraintes juridiques*, du fait que « *la plupart [des interprétations] retenues en droit positif se resserre dans un cadre limité et relativement cohérent* »¹⁰⁸⁰. Elle offre une réponse à l'observation d'Éric Millard qui reproche aux promoteurs de la *Théorie des contraintes juridiques* de se focaliser sur « *la problématique de la première décision qui est importante mais quantitativement marginale dans la masse des décisions qui participent d'un système juridique* »¹⁰⁸¹. Pour l'auteur, il faudrait surtout parvenir à expliquer le lien entre ces premières décisions et celles « *qui soit reprennent les premières décisions, soit s'en écartent en les critiquant* »¹⁰⁸². Certes, ces décisions du second type sont, comme l'explique l'ancien président de la première Chambre civile, Christian Charruault, contenues dans des « *arrêts à faible valeur juridique ajoutée, de rejet comme de cassation (...) mais elles sont les témoins de la constance de la jurisprudence* »¹⁰⁸³.

¹⁰⁷⁹ D. Mainguy, art. préc., n°7.

¹⁰⁸⁰ M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczak, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 11.

¹⁰⁸¹ É. Millard, « Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité », *Droits*, n°55, 2012, p. 29.

¹⁰⁸² *Ibid.*, p. 29.

¹⁰⁸³ Ch. Charruault, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation 2010*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr.

Section 2. Un cadre exceptionnellement inappliqué

350. Avant chaque arrêt de la Cour de cassation, un cadre décisionnel est prédéfini par le ou les moyens de cassation. Ce cadre a pour effet de mettre en perspective deux interprétations concurrentes de la règle de droit, l'une adoptée par les juges du fond, l'autre proposée par l'avocat aux Conseils. Si, la plupart du temps, la Cour de cassation applique le cadre en optant pour l'un ou l'autre des solutions qu'il renferme, il lui arrive également de s'en détourner. Pour ce faire, elle s'est autorisée à employer des techniques très variées.

Ces méthodes peuvent être classées selon leur résultat vis-à-vis du cadre prédéfini par l'avocat : elles mènent soit à la *redéfinition du cadre*, soit au *dépassement du cadre*. Dans le premier cas, la Cour de cassation apporte une solution juridique à laquelle ni l'avocat du demandeur, ni les juges du fond n'avaient pensé, en vue de résoudre le litige (§1). Dans le second cas, la Cour de cassation répond à une question qui ne lui était pas posée par le pourvoi, tout simplement parce que les acteurs du procès n'avaient pas à y répondre. Autrement dit, et même si elle opte pour l'une des solutions contenues dans le cadre, elle n'applique plus uniquement le cadre, elle le dépasse (§2).

§1. Le cadre redéfini

351. Mécanismes concernés - Lorsque la Cour souhaite redéfinir le cadre pour apporter une réponse juridique au litige qu'il ne contenait pas, elle dispose d'un ensemble de techniques qui s'articulent autour d'un même procédé : la substitution. Avant de les étudier, il convient de les distinguer de mécanismes voisins qui n'entrent pas dans le champ de cette étude : la suppléance et l'abstraction de motifs.

L'hypothèse de la *suppléance de motifs* ne sera pas étudiée puisque dans ce cas, l'avocat invoque un défaut de motivation, et notamment le défaut de réponse à conclusions, c'est-à-dire qu'il pousse la Cour de cassation à reconnaître l'incomplétude du cadre décisionnel, pour le définir et non le redéfinir. En effet, l'avocat soutient qu'aucun motif de la décision contestée ne répond au moyen qui avait été adressé aux juges du fond¹⁰⁸⁴. Autrement dit, la technique de la suppléance de motifs, en ce qu'elle permet de « *donner à une décision la motivation juridique qui lui fait défaut* »¹⁰⁸⁵, est une réponse à un argument soulevé par l'avocat et non une technique qui peut être utilisée spontanément et quel que soit le cas d'ouverture invoqué.

De son côté, la technique de l'*abstraction de motifs* sera également écartée car elle ne permet pas au juge, de substituer à l'argumentation des juges du fond, sa propre argumentation juridique. Elle permet simplement de distinguer, parmi les motifs de la décision critiquée, ceux qui en sont le soutien nécessaire, des autres, qu'elle déclare alors surabondants¹⁰⁸⁶. Autrement dit, le cadre est appliqué car une partie des motivations de la décision combattue par le pourvoi, est maintenue¹⁰⁸⁷.

352. Seules seront en conséquence analysées les techniques qui, laissées à la discrétion de la Cour de cassation, lui permettent d'opter pour une solution juridique étrangère à celles que le cadre véhicule, par le jeu de la substitution de motifs ou de moyens. Une fois que nous aurons étudié ces techniques de substitutions (A), nous pourrions tenter d'en rechercher les fonctions (B).

¹⁰⁸⁴ Pour un ex. V. Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1989, n°87-11.829, *Bull. civ. I*, n°55.

¹⁰⁸⁵ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°845, V. égal. sur la différence entre suppléance et substitution de motifs : E. Prieur, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Thèse, Economica, Paris, 1986, p. 104 à 132.

¹⁰⁸⁶ V. M.-N. Jobard-Bachellier, X. Bachellier, J. Buk Lament, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2013, p. 50 et s. : « *le motif surabondant est un motif énoncé par les juges du fond à l'appui de leur décision mais qui ne constitue pas le soutien nécessaire de cette décision, laquelle est suffisamment justifiée par d'autres motifs* ». Les auteurs, qui précisent qu'il n'est pas nécessairement considéré comme erroné, en donnent des illustrations.

¹⁰⁸⁷ On notera toutefois que l'abstraction de motifs constitue parfois un outil laissé à la discrétion de la Cour de cassation pour marquer l'évolution de sa position. V. par ex: Civ 2^{ème}, 23 mars 1994, n° 92-12.553 et n°92-14.296, *Bull. civ. II*, n°100. La Cour de cassation procède l'abandon du critère de perturbation de la circulation par le véhicule en stationnement pour retenir son implication dans un accident de la route. Elle rejette le pourvoi sur la base des motifs de la Cour d'appel, mais fait abstraction des motifs adoptés par les juges du fond qui portaient sur cette notion de perturbation finalement abandonnée.

A. La technique de redéfinition : la substitution de moyens ou de motifs

353. Des créations prétoriennes - Depuis bien longtemps, la Cour de cassation s'est reconnue la possibilité de remplacer les motifs de la décision attaquée, ou les moyens qui l'attaquent, par l'argumentation juridique de son choix. Certes, la *substitution de motifs*, en vue du rejet du pourvoi et la *substitution de moyens*, en vue de casser l'arrêt déféré, sont désormais visées textuellement à l'article 620 du Code de procédure civile¹⁰⁸⁸, mais il s'agit de créations purement prétorienne. Comme le relève Évelyne Prieur à propos de la substitution de motifs, « *ne se laissant pas enfermer dans la seule alternative du rejet ou de la cassation la Cour suprême a jugé très tôt qu'elle pouvait, si elle le préférait, refuser d'annuler la décision attaquée, et donc, la maintenir en modifiant son contenu* »¹⁰⁸⁹. L'auteur recense plusieurs arrêts dans lesquels cette technique est employée, le premier datant de 1834¹⁰⁹⁰. De la même manière, nos recherches ont permis d'identifier une application de la substitution de moyens la même année¹⁰⁹¹.

354. Les points communs aux deux mécanismes - La substitution de motifs et la substitution de moyens présentent de nombreux points communs. On ne s'en étonnera guère puisque dans les deux cas, il s'agit pour la Cour de cassation de rechercher ailleurs que dans le cadre décisionnel prédéfini, une solution juridique au litige. Tantôt, elle seconde les juges du fond¹⁰⁹², en substituant à leurs motifs les siens, tantôt elle seconde l'avocat du demandeur, en relevant un moyen de cassation remplaçant ou s'ajoutant à celui qui avait été soulevé¹⁰⁹³, mais dans les deux cas, la motivation adoptée par les juges du fond se trouve invalidée. Dans la mesure où, par le jeu de ces mécanismes, « *les pouvoirs de la Cour de cassation se*

¹⁰⁸⁸ Art. 620 du CPC : « *La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné (...). Elle peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit* ».

¹⁰⁸⁹ E. Prieur, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁹⁰ E. Prieur, *op. cit.*, p. 5, note n°2 : Req., 19 août 1834, DP 1835, I, p. 452.

¹⁰⁹¹ Crim., 29 nov. 1834, S. 1835, I, p. 228 : « *Sur l'unique moyen de cassation, relevé d'office et tiré de la violation (...)* ».

¹⁰⁹² Et par la même occasion le défendeur au pourvoi (même si, on le rappelle, une procédure en cassation peut être engagée en l'absence de défendeur).

¹⁰⁹³ Pour la distinction terminologique entre « soulever » et « relever » un moyen : v. J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°845, 699, note 52 : « *Précisons que relever d'office un moyen de droit signifie pour le juge, appliquer, de sa propre initiative, une règle de droit, qu'aucune des parties ne lui a proposé d'appliquer. Et pour dire qu'un plaideur invoque une règle de droit, on dit généralement qu'il soulève un moyen de droit* ».

déployaient sans limite »¹⁰⁹⁴, il est heureux de constater qu'elle est venue en restreindre l'application.

D'une part, « les motifs ou le moyen, salvateurs (...) doivent répondre à une condition commune : il faut qu'ils soient de pur droit »¹⁰⁹⁵, c'est-à-dire, selon la Cour de cassation, qu'ils ne doivent se référer « à aucune considération de fait qui ne résulterait pas des énonciations des juges du fond »¹⁰⁹⁶. Comme le précisent Jacques et Louis Boré, le moyen ou le motif de pur droit, « s'applique toujours à une situation de fait, et c'est seulement par l'origine et la limitation des faits qu'il met en jeu qu'il peut devenir de pur droit »¹⁰⁹⁷. Cette restriction s'explique par la dévolution, uniquement juridique de l'affaire, opérée par le pourvoi¹⁰⁹⁸. Par ailleurs, il faut signaler que le motif ou le moyen substitué n'a pas à présenter un caractère d'ordre public puisque ce caractère dépend de la nature de la règle de droit invoquée. Pour le dire autrement, « : le caractère d'ordre public de la règle n'est pas une condition de son relevé d'office »¹⁰⁹⁹. La jurisprudence en témoigne. La Cour de cassation peut invoquer, par le biais du moyen de pur droit, une règle d'ordre public¹¹⁰⁰ comme une règle qui ne présente pas ce caractère¹¹⁰¹, il en est de même pour le motif de pur droit¹¹⁰².

D'autre part, le motif comme le moyen substitué doivent s'inscrire dans le cadre de la saisine de la Cour de cassation. Comme nous l'avons vu, l'avocat du demandeur, peut, selon l'intérêt de son client, concentrer son pourvoi sur certains chefs de la décision, et ainsi sur

¹⁰⁹⁴ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, n°845 et 698, v. égal. *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, n°1037, p. 407, à propos de la substitution de motifs : il s'agit « d'un procédé d'intervention qui se trouve à l'extrême limite de ses pouvoirs ».

¹⁰⁹⁵ A. Perdriau, « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *JCP G.*, I, 1996, p. 3911 et s., n°23.

¹⁰⁹⁶ Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1994, n°91-17.270, *Bull. civ. I*, n°68. Il est intéressant de constater qu'*a priori*, la définition du moyen de pur droit ne répond à aucun moyen de cassation puisqu'il est relevé d'office. La Cour de cassation a donc défini ce terme, chemin faisant, en procédant très probablement à un *obiter dictum*.

¹⁰⁹⁷ V. Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°596, p. 92.

¹⁰⁹⁸ Cf. *supra* n°287.

¹⁰⁹⁹ *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, n°1053, p. 415. Pour le même constat en matière de substitution de motifs : V. E. Prieur, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Thèse, Economica, Paris, 1986, n°47 et s., spéc. p. 60 : cette technique permet à la Cour « d'appliquer par substitution aussi bien une règle d'ordre public qu'une règle d'intérêt privé ».

¹¹⁰⁰ Par ex. : Civ. 2^{ème}, 28 juin 2012, n°11-14.938, *Bull. civ. II*, n°119 : « Sur le moyen relevé d'office, après avis adressé aux parties conformément à l'article 1015 du code de procédure civile : Vu la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 (...), qu'en raison du caractère d'ordre public attaché par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1989 aux dispositions de l'article 7, celles-ci s'appliquent quelle que soit la loi régissant le contrat ; (...) ; Casse et annule (...) ».

¹¹⁰¹ Par ex. : Civ. 1^{ère}, 25 mars 1991, n°88-19.729, *Bull. civ. I*, n°103 : la Cour de cassation relève un moyen de pur droit tiré d'une règle fondée sur l'article 1153 du C. civ., dont elle avait préalablement admis le caractère supplétif et ainsi le caractère d'intérêt privé : V. Com., 31 mai 1983, n°81-16.493, n°82-10.312, n°82-10.313, *Bull. civ. IV*, n°161.

¹¹⁰² Pour un ex. récent, Civ. 3^{ème}, 9 juil. 2014, n°13-19.061, *Bull. civ. III*, n°89 : « Mais attendu qu'il résulte des dispositions d'ordre public de l'article 6-1 de la loi du 2 janvier 1970 qu'aucune commission ni somme d'argent quelconque ne peut être exigée par l'agent immobilier ayant concouru à une opération qui n'a pas été effectivement conclue (...); que par ce motif de pur droit substitué à ceux critiqués, l'arrêt se trouve légalement justifié », V. égal. pour un ex. de motif d'intérêt privé, Evelyne Prieur, in *op. cit.*, n°49.

certain motifs¹¹⁰³. En conséquence, le motif ayant fait l'objet d'une substitution doit avoir été critiqué par le pourvoi, car s'il ne l'a pas été, le dispositif qu'il soutient est passé en force de chose jugée. En effet, « *la Cour de cassation ne saurait substituer un motif de droit qui, si pertinent fût-il, serait contraire à la chose jugée entre les parties* »¹¹⁰⁴. De la même manière, le moyen substitué, ne peut « *être retenu que s'il aboutit à l'annulation de la partie critiquée de la décision (...), c'est-à-dire celle qui, dans le moyen proprement dit, commence par les mots en ce que...; en effet la Cour de cassation ne saurait censurer une disposition qui, si contestable soit-elle, ne lui aurait pas été déférée* »¹¹⁰⁵. Par exemple, si un pourvoi conteste la partie d'une décision relative aux conséquences d'un divorce mais ne remet pas en cause la disposition qui entérine son principe, la Cour de cassation ne pourra pas modifier les motifs qui venaient au soutien du principe non contesté, ni relever un moyen lui permettant de le remettre en cause.

Une dernière condition s'applique également à ces deux techniques. Lorsque la Cour de cassation souhaite y recourir, elle doit signaler son intention aux parties, afin qu'elles aient l'occasion d'en débattre contradictoirement. Au départ, la Cour de cassation respectait cette exigence uniquement pour la substitution de moyens, puis sous l'influence d'une condamnation de la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹¹⁰⁶, l'article 1015 du Code de procédure civile a été étendu à la substitution de motifs¹¹⁰⁷, répondant ainsi à l'appel des avocats aux Conseils, qui avait déjà été partiellement entendu par la Cour de cassation¹¹⁰⁸.

355. La spécificité de la substitution de motifs - Lorsque la Cour de cassation procède à une substitution de motifs, c'est toujours pour prononcer le rejet du pourvoi « *parce qu'elle estime pouvoir substituer au motif erroné, justement critiqué par le moyen, un motif nouveau, de pur droit, qui justifie le dispositif attaqué* »¹¹⁰⁹.

¹¹⁰³ Sur la maîtrise de l'effet dévolutif du pourvoi par l'avocat du demandeur, cf. *supra* 290.

¹¹⁰⁴ Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°646.

¹¹⁰⁵ *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, n°1050, p. 413.

¹¹⁰⁶ V. CEDH, 13 oct. 2005, Clinique des acacias c/ France, n°65399/01.

¹¹⁰⁷ Art. 1050 du CPC: « *Le président de la formation, ou le conseiller rapporteur* » doit aviser les parties des moyens susceptibles d'être relevés d'office et les inviter à présenter leurs observations dans le délai qu'il fixe. Il en est de même lorsqu'il envisage de rejeter un moyen par substitution d'un motif de pur droit relevé d'office à un motif erroné (...).

¹¹⁰⁸ V. E. Baraduc, « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in *La procédure en tous ses états, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 5-18, l'auteur, avocat aux Conseils, appelait de ses vœux la révision de l'article 1050 du CPC, spéc. p. 12: « *le moment est ainsi venu de mettre l'article 1015 en harmonie avec une pratique qu'il ne ferait que consacrer, qu'elle qu'en soit la finalité* ».

¹¹⁰⁹ V. Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°641.

À la différence du moyen relevé d'office, ce procédé ne semble se rencontrer que dans la procédure en cassation¹¹¹⁰. Il peut être suggéré par le défendeur au pourvoi¹¹¹¹, alors que le moyen de pur droit, qui aurait pu être envisagé par l'avocat du demandeur, ne sera évidemment jamais suggéré par la défense.

En conséquence, comme l'explique Évelyne Prieur, « *inchangé, le dispositif* [de la décision critiquée par le pourvoi] *est le bénéficiaire d'une disposition qui le consolide* »¹¹¹². Tel n'est pas le cas de la substitution de moyens qui mène à la cassation et à l'annulation du dispositif discuté. Ainsi, et contrairement au moyen de pur droit, le motif de pur droit aboutit nécessairement à l'achèvement du procès.

Les illustrations de cette pratique ne manquent pas. Entre 1954 et 2014, plus de sept cents arrêts rendus en matière civile et publiés sont concernés¹¹¹³. Prenons un exemple tiré d'un litige en matière de cautionnement ayant donné lieu à un arrêt rendu en 2008¹¹¹⁴. En l'espèce, une personne avait, par acte sous seing privé, donné procuration à un tiers pour la conclusion d'un contrat de cautionnement solidaire au profit d'un établissement bancaire, contrat qui fut conclu en 1987 en la forme authentique. Suite à la défaillance du débiteur cautionné, la banque créancière actionna la caution qui invoqua en retour la nullité du cautionnement, en raison de la nullité de l'acte de procuration, puisque celui-ci ne contenait pas les mentions manuscrites exigées *ad validitatem* par les articles L. 313-7 et L. 313-8 du code de la consommation. La cour d'appel rejeta la demande en annulation aux motifs que « *l'acte en vue duquel la procuration avait été donnée était un acte notarié* »¹¹¹⁵. L'avocat du demandeur au pourvoi considérait au contraire que « *le mandat sous seing privé de se porter caution solidaire doit comporter les mentions prescrites par les articles L. 313-7 et L. 313-8 du code de la consommation, cette procuration serait-elle annexée à l'acte authentique en vue duquel*

¹¹¹⁰ Les juges du fond, qui peuvent soulever un moyen de droit, ne semblent pas autoriser à procéder à une substitution de motifs. Plus précisément, le juge de l'appel se décide par des motifs propres (les siens) ou adoptés (ceux des juges du premier degré) pour rejeter le recours, ils ne peuvent pas substituer leurs motifs à ceux qui avaient été adoptés, sauf bien sûr, pour infirmer le jugement. V. en ce sens Civ. 3^{ème}, 8 mars 2006, n°05-11.527, *Bull. civ.* III, n°57 : « Vu l'article 955 du nouveau Code de procédure civile ; Attendu que lorsqu'elle confirme un jugement, la cour est réputée avoir adopté les motifs de ce jugement, qui ne sont pas contraires aux siens ».

¹¹¹¹ Pour un ex. récent v. Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015, n°13-27.414, *Bull. civ.* I, n°305. Il peut également avoir été suggéré par le conseiller-rapporteur ou l'avocat général, V. par ex, concl. sur Ass. plén., 10 juin 2005, n°03-18.922, *Bull. Ass. plén.*, n°6, disponibles en ligne : www.courdecassation.fr : l'avocat général suggère, même s'il n'y est pas favorable, la possibilité pour la Cour de cassation de « *sauver l'arrêt* ».

¹¹¹² E. Prieur, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Thèse, Economica, Paris, 1986, p. 17, n°10.

¹¹¹³ La recherche a été menée sur *Légifrance*, uniquement pour les arrêts publiés des chambres civiles, à partir des vocables « par ce motif de pur droit », ou « par ce motif de droit » et « substitué* » en ôtant les vocables « suggéré en défense », pour que les résultats ne concernent que le relevé d'office.

¹¹¹⁴ Civ. 1^{ère}, 5 juin 2008, n°07-12.960.

¹¹¹⁵ Motifs reproduits dans le premier moyen au pourvoi précité.

elle a été donnée »¹¹¹⁶. La Cour de cassation rejeta le moyen par un motif de pur droit, fondé sur l'article 2 du Code civil, selon lequel les dispositions en cause n'étaient pas encore en vigueur à la date de la conclusion du mandat « lequel ne pouvait, dès lors, être régi par les textes invoqués ». On voit donc comment, par cette technique particulière, la Cour de cassation met un terme au litige en justifiant la décision critiquée par des motifs différents de ceux compris dans le cadre prédéfini par le moyen en cause. Elle rejette la solution recommandée par l'avocat en remplaçant la solution critiquée dans le pourvoi par sa propre solution.

356. La spécificité de la substitution de moyens - Si la *substitution de motifs* permet à la Cour de cassation de venir au secours des juges du fond, la *substitution de moyens* a pour effet de les désavouer entièrement. Ce mécanisme permet « qu'une censure intervienne sur un moyen qui ne figure pas dans le mémoire ampliatif »¹¹¹⁷. La Cour de cassation redéfinit le cadre fixé par l'avocat dans ses moyens, en remplaçant l'interprétation développée par le demandeur au soutien de la cassation, par sa propre interprétation. Les solutions préconisées par l'avocat dans ses moyens peuvent être examinées mais sont généralement écartées au profit d'un nouveau moyen¹¹¹⁸. Aussi, le moyen de pur droit n'avait pas été envisagé par l'avocat du demandeur¹¹¹⁹ et même s'il est parfois suggéré dans les travaux préparatoires à l'arrêt¹¹²⁰, il est toujours relevé d'office. Contrairement à la substitution de motifs, le moyen relevé d'office n'aboutit pas en principe à l'achèvement du procès, puisque la cassation, qui peut être seulement partielle¹¹²¹, s'accompagne généralement d'un renvoi devant un juridiction du fond.

¹¹¹⁶ V. 1^{er} moyen au pourvoi précité. Cette solution sera d'ailleurs posée par la jurisprudence postérieure : Civ. 1^{ère} 8 déc. 2009, n°08-17.531.

¹¹¹⁷ *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, n°1048, p. 411.

¹¹¹⁸ Parfois, le moyen de pur droit relevé par la Cour de cassation s'ajoute à un moyen soulevé par l'avocat et ils entraînent ensemble la cassation de l'arrêt contesté, v. par ex : Ass. plén., 15 mai 1992, n°90-12.705, *Bull. Ass. plén.*, n°6 : l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse encourt la cassation sur le premier moyen formulé par l'avocat du demandeur mais également sur un moyen relevé d'office par la Cour de cassation.

¹¹¹⁹ Il faut être précis, le moyen substitué est la plupart du temps totalement étranger à ceux qui sont soulevés par l'avocat, mais il arrive également qu'ils présentent des similitudes, Par ex. Civ. 2^{ème}, 19 févr. 2015, n°14-10.268, *Bull. civ. II*, n°259 : le moyen relevé d'office, contient la même solution que celle de la première branche du moyen unique, mais apporte des précisions sur la disposition appliquée.

¹¹²⁰ V. par ex. rapport sur Ass. plén., 27 févr. 2009, n°07-19.841, *Bull. Ass. plén.*, n°1, accessible en ligne : www.courdecassation.fr. Le juge rapporteur suggère qu'« moyen de pur droit relevé d'office pourrait être tiré d'une violation de l'article 122 du code de procédure civile dans le cas où la cour estimerait que, sauf règles applicables à des procédures ou matières particulières, aucune fin de non-recevoir ne s'attache par principe à la seule circonstance qu'une partie se contredise au détriment d'autrui », suggestion à laquelle adhère la Cour de cassation.

¹¹²¹ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n°13-20.701, *Bull. civ. I*, n°97.

La pratique de la substitution de moyens est assez fréquente. Entre 1954 et 2014, plus de six cents arrêts rendus en matière civile et publiés sont concernés¹¹²². Un exemple permettra de comprendre ce mécanisme. Un salarié avait commis, entre 1999 et 2001, plusieurs insubordinations lui ayant valu une mise à pied, une rétrogradation de poste et une mutation pour motif disciplinaire qu'il refusa à la suite de quoi il fut licencié pour faute grave. Il décida alors d'agir en annulation de ces sanctions en développant des moyens tenant à remettre en cause leur bien-fondé, tous repoussés en appel. En cassation, il formula, par l'intermédiaire de son avocat, trois moyens tendant à contester de nouveau leur bien-fondé. La Cour de cassation procéda alors à une substitution en remplaçant ces trois moyens par un moyen tiré des articles 11 et 12 de la loi n° 2002-1062 du 6 août 2002 portant amnistie, en retenant que « n'étant pas contraires à la probité, aux bonnes mœurs ou à l'honneur, les faits sont amnistiés en application des textes susvisés »¹¹²³. Cette illustration, sans doute un peu caricaturale de la substitution de moyen, montre toutefois comment l'interprétation choisie par la Cour de cassation est étrangère à celle retenue par les juges du fond ou celle prescrite par l'avocat aux Conseils.

357. La substitution de moyen, technique assumée ou dissimulée par la Cour de cassation - À côté de cette technique de substitution de moyens à laquelle la Cour de cassation s'adonne ouvertement par le relevé d'office, nous aimerions faire état d'un constat que nos recherches ont permis de révéler. Il arrive, en particulier dans les arrêts modifiant l'état de la jurisprudence, que la Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond sur la base d'une motivation qui n'est pas défendue par les avocats de l'auteur du pourvoi, alors même que c'est sur la base de l'un des moyens qu'ils ont développés que la cassation est encourue. Autrement dit, la Cour de cassation dissimule une substitution de moyens en faisant mine de reprendre l'argumentation de l'auteur du pourvoi. Évidemment, dans une telle situation, l'avocat du demandeur n'a aucune raison de se plaindre d'une telle pratique puisqu'elle bénéficie à son client. Cela dit, par la surprise qu'elle provoque chez les plaideurs, on peine à comprendre comment elle peut encore se maintenir en dehors de tout débat contradictoire.

Par exemple, à la question de savoir si l'obligation contractuelle de sécurité et de résultat mise à la charge du transporteur devait produire ses effets uniquement pendant la durée du transport ou s'étendre à l'enceinte dans laquelle est organisée le transport, une gare par

¹¹²² La recherche a été menée sur *Légifrance*, uniquement pour les arrêts publiés des chambres civiles, à partir des vocables « moyen relevé d'office ».

¹¹²³ Soc., 20 juin 2007, n°06-43.005.

exemple, la Cour de cassation a d'abord retenu une conception large en admettant la responsabilité de la SNCF sur la base de cette obligation alors que le voyageur n'était pas à bord d'un train¹¹²⁴. Mais, à l'occasion d'un autre pourvoi, elle a posé, dans un chapeau de tête, que : « l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination n'existe, à la charge du transporteur, que pendant l'exécution du contrat de transport, c'est-à-dire à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre »¹¹²⁵. Or, le moyen sur lequel la cassation est annoncée dans l'arrêt ne recommandait absolument pas cette solution. L'avocat de la SNCF cherchait en effet à obtenir l'exonération de son client. Pour ce faire, il reprochait aux juges du fond de ne pas avoir déduit de leurs constatations « *le comportement fautif de la victime* » qui avait glissé sur les marches mouillées de la gare¹¹²⁶. Cette solution, pourtant constitutive d'un revirement de jurisprudence, n'avait pas donc été envisagée par les juges du fond ou l'avocat du demandeur, comme le laisse paradoxalement penser l'en-tête de l'arrêt : « *Sur le moyen unique ...* ». La Cour de cassation procède donc à des substitutions de moyens de manière dissimulée et cet exemple est loin d'être isolé¹¹²⁷.

Que la redéfinition du cadre posé par le pourvoi provienne d'une substitution de motifs ou de moyens, qu'elle soit officielle ou officieuse, elle remplit des fonctions similaires.

B. Les fonctions de la redéfinition

358. La substitution de motifs ou de moyens constitue un outil de remplacement des éléments du cadre décisionnel, tels qu'ils sont présentés. Loin de statuer dans les limites du pourvoi qui déclenche ses compétences, la Cour de cassation justifie son dispositif (rejet ou cassation) sur la base d'une motivation qui lui est propre.

Ni les juges du fond, ni l'auteur du pourvoi n'avaient pensé à la solution juridique finalement adoptée par la Haute juridiction. Loin de se cantonner à effectuer un choix parmi les interprétations concurrentes qui lui sont fournies par l'auteur du pourvoi, la Haute-

¹¹²⁴ V. Civ. 1^{ère}, 17 mai 1961, *Bull. civ.* I, n°254.

¹¹²⁵ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juil. 1969, n°67-10.230, *Bull. civ.* I, n°260.

¹¹²⁶ V. le moyen unique au pourvoi n°67-10.230 : « violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 pour défaut et contradiction de motifs, manque de base légale, en ce que l'arrêt attaqué, tout en constatant que la victime avait glissé sur les marches mouillées par la pluie, a décidé que l'exposante ne pouvait être déchargée de la présomption de responsabilité édictée par l'article 1147 du Code Civil (...) ».

¹¹²⁷ Cf. *supra* n°334 avec l'exemple de l'arrêt de 1978 sur la question de l'indétermination du prix dans les contrats-cadres résolue par la Cour de cassation par une interprétation de l'article 1129 du Code civil, interprétation étrangère à l'argumentaire de l'avocat du demandeur dont l'un des moyens a pourtant fondé la cassation.

juridiction recouvre sa pleine liberté d'interprète. Lorsqu'on s'emploie à déterminer les effets engendrés par ces techniques de substitution, on constate qu'elles permettent certes de résoudre le litige (1), mais également et surtout de clarifier ou modifier l'état du droit positif, c'est-à-dire qu'elles sont un moyen pour la Haute juridiction de préciser sa jurisprudence (2).

1. La résolution du litige

359. Une nouvelle solution pour consolider ou annuler le dispositif - Si les techniques de substitution ont toujours pour conséquence d'écarter l'argumentation juridique des juges du fond, elles n'ont pas le même effet sur le dispositif critiqué. En cas de substitution de moyens, la Cour de cassation désavoue entièrement les juges du fond puisqu'elle ne laisse rien subsister de la décision critiquée par le pourvoi. En cas de substitution de motifs, le désaveu est partiel : le dispositif est maintenu mais la règle de droit le justifiant est entièrement modifiée. Ainsi, dans le premier cas, le litige s'achève définitivement alors que dans le second, ce sont généralement les juges du fond qui mettront définitivement un terme à l'affaire.

360. La substitution de motifs, technique de résolution immédiate du litige - La substitution de motifs constitue un « *procédé de sauvetage des arrêts* »¹¹²⁸ car elle aboutit au rejet des pourvois dirigés contre eux, et ainsi à l'achèvement du procès. Le dispositif critiqué de l'arrêt d'appel est maintenu et ne peut plus être contesté¹¹²⁹. En effet, la Cour de cassation « *applique d'elle-même, une loi [ou plutôt une solution] aux faits de l'espèce, pour terminer le litige* »¹¹³⁰. Certes, la Cour de cassation ne modifie pas les conséquences juridiques de la solution appliquée, mais « *il n'en demeure pas moins que la motivation erronée du jugement déféré aurait dû l'exposer à la censure, et donc entraîner le renvoi de l'affaire à une juridiction du fond, de sorte que c'est seulement parce que, à travers la substitution de motifs, la Cour de cassation applique le droit au fait (...) que le procès prend fin* »¹¹³¹. Cette pratique permet d'accélérer le dénouement d'une affaire et favorise ainsi la célérité de la justice et le désengorgement des tribunaux. Elle est par ailleurs un moyen pour la Cour de cassation

¹¹²⁸ V. Rép. pr. civ., *Pourvoi en cassation, par J. Boré et L. Boré, n°648.

¹¹²⁹ D'autres parties de la décision peuvent en revanche être cassées, V. par ex : Civ. 1^{ère}, 2 avril 2008, n°07-15.820, *Bull. civ.* I, n°100.

¹¹³⁰ G. Pluyette « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », *Cycle droit et technique de cassation 2011*, 24 janv. 2011, accessible en ligne: www.courdecassation.fr, p. 6.

¹¹³¹ S.-L. Texier, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116 et s., spéc. n°7.

d'éviter toute résistance de la part des juridictions inférieures.

Par exemple, dans une affaire ayant conduit la première Chambre civile à se prononcer sur la distinction entre un vice caché et un défaut de conformité, un acheteur avait demandé la résolution d'un contrat de vente d'une remorque car le vendeur avait modifié la remorque de telle sorte qu'elle ne pouvait plus supporter la charge indiquée sur la carte grise. La cour d'appel fit droit à la demande et prononça la résolution du contrat sur le fondement de la garantie des vices cachés comme le souhaitait l'acheteur. L'avocat du demandeur au pourvoi contesta alors la résolution de la vente puisque l'action de l'acquéreur « *n'avait pas été intentée dans le bref délai de l'article 1648 du Code civil* »¹¹³². La Cour de cassation maintient la résolution de la vente mais la fonde non plus sur la garantie des vices cachés, appliquée selon elle à tort par les juges du fond, mais sur le manquement à l'obligation de délivrance conforme prévue à l'article 1604 du Code civil, action soumise à l'époque des faits, à une prescription décennale. Comme elle le signale, les constatations des juges du fond « caractérisaient un défaut de conformité de la chose vendue à la chose convenue, et que, par ce motif de pur droit, substitué aux motifs erronés de l'arrêt relatif à un prétendu vice caché, la résolution de la vente prononcée par la cour d'appel se trouve légalement justifiée »¹¹³³. Dès lors que les éléments de fait constatés par les juges du fond le lui permettent, elle peut donc appliquer au litige une autre règle de droit pour y mettre immédiatement fin.

361. La substitution de moyens, technique de résolution médiate ou immédiate du litige - Puisqu'il aboutit à la cassation totale ou partielle de la décision qu'il a pour objet d'annuler, le moyen relevé d'office n'est pas en principe une technique de résolution immédiate du litige. Il fournit toutefois aux juges du fond les indications nécessaires à sa résolution. Autrement dit, la règle de droit applicable leur est précisée et elle se trouve, la plupart du temps, appliquée¹¹³⁴. Dans les arrêts de cassation, la règle de droit méconnue par les juges du fond est effectivement explicitée dans un chapeau de tête. Elle est suivie par le raisonnement des juges du fond et par un conclusif généralement formulé en ces termes :

¹¹³² V. le 1^{er} moyen du pourvoi n°90-12.697. Il faut préciser que cette exigence du bref délai a aujourd'hui disparu au profit d'un délai biennal à compter de la découverte du vice.

¹¹³³ Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1992, n°90-12.697.

¹¹³⁴ Selon une recherche menée sur *Légifrance* (à partir des vocables « moyen relevé d'office »), sur les 15 arrêts publiés et rendus en 2008 par les chambres civiles de la Cour de cassation dans lesquels on observe un recours au moyen relevé d'office, 13 opèrent un renvoi devant les juges du fond et ces derniers n'ont jamais résisté à l'arrêt de cassation ; Cf. égal. *supra* n°344 sur la contrainte hiérarchique supportée par les juridictions du fond.

« Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé ... »¹¹³⁵. Par exemple, dans une affaire ayant donné lieu un moyen relevé d'office, un consommateur avait obtenu de la société Cetelem l'octroi d'un crédit et avait également adhéré à un contrat d'assurance qui assurait les impayés du crédit en cas d'invalidité permanente du débiteur. Or, le débiteur fut déclaré inapte au travail et placé en retraite anticipée, il sollicita donc l'assureur en paiement de ses crédits qui rétorqua, sur la base d'une clause contractuelle, que la garantie ne jouait pas en cas de mise en préretraite et versement d'une pension. La cour d'appel valida le raisonnement de l'assureur. La Cour de cassation prononça la cassation en relevant un moyen de pur droit, sur le fondement de l'article L. 133-2 du code de la consommation : « selon ce texte applicable en la cause, les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels s'interprètent, en cas de doute, dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ». Après avoir rappelé le raisonnement de la cour d'appel, elle conclut qu'« en donnant à ladite clause un sens qui n'était pas le sens le plus favorable à M. X, la cour d'appel a violé, par refus d'application, le texte susvisé »¹¹³⁶. Ainsi, la Cour de cassation donne aux juges du fond les éléments de droit leur permettant de résoudre définitivement le litige¹¹³⁷.

Plus rarement, la Cour de cassation relève un moyen de pur droit et met définitivement fin à l'affaire en prononçant une cassation sans renvoi. Lorsque le moyen a trait au fond de l'affaire, il lui faut alors nécessairement en tirer les conséquences dans son dispositif¹¹³⁸.

362. Propos conclusifs - En définitive, la substitution de motifs ou de moyens permet toujours de résoudre directement ou indirectement le litige puisqu'elle a pour conséquence d'appliquer au litige la règle de droit que la Cour de cassation juge appropriée. C'est là une différence majeure avec la technique de l'*obiter dictum*, qui permet à la Cour de cassation d'énoncer une règle de droit qui n'a même pas vocation à résoudre l'affaire¹¹³⁹.

¹¹³⁵ On trouve également, lorsque la Cour de cassation conclut à un manque de base légale la formule suivante : « Qu'en se déterminant ainsi, la Cour n'a pas donné de base légale... ». Enfin, pour aiguiller encore davantage les juges du fond, les magistrats explicitent pourquoi l'arrêt encourt la cassation : « Qu'en statuant ainsi, alors que ... ».

¹¹³⁶ Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-21.822, *Bull. civ. I*, n°145.

¹¹³⁷ Sur la dévolution restreinte de l'affaire en cas de cassation suivie d'un renvoi, cf. *supra* n°288.

¹¹³⁸ V. par ex. : Civ. 2^{ème}, 12 févr. 2015, n°13-25.985, *Bull. civ. II*, n°217. Dans cette affaire, la Cour de cassation casse l'arrêt d'une cour d'appel qui rejette une action en remboursement de cotisations sociales indûment perçues par l'organisme concerné au motif que l'action était prescrite alors même que le demandeur avait contesté le montant à verser à l'organisme en justice. La Cour de cassation considère au contraire qu'il n'y avait pas prescription. En cassant sans renvoi l'arrêt en cause, elle est obligée, dans son dispositif, d'en tirer les conséquences en l'espèce en s'appuyant sur le jugement infirmé par la cour d'appel.

¹¹³⁹ Cf. *infra* n°377.

2. La clarification et la modification du droit positif

363. Le droit positif précisé à la suite de la technique de substitution - À côté de la résolution du litige, une autre préoccupation anime la Cour de cassation lorsqu'elle utilise la technique de la substitution : préciser l'état du droit positif sur la question posée par le pourvoi. Autrement dit, elle sort de la passivité dans laquelle elle s'enferme lorsqu'elle se limite à opter pour l'une ou l'autre des solutions qui lui sont présentées dans le pourvoi, en jugeant nécessaire de définir elle-même quelle est la règle de droit applicable au litige, une règle qui n'avait pas été envisagée par les juges du fond. Ce faisant, elle apporte des précisions sur l'interprétation à donner aux textes qu'elle vise, c'est ce qui ressort de la structure même des arrêts concernés.

364. La structure des arrêts concernés, témoin d'un souci de clarté et de précision - Lorsque la Cour de cassation se donne la peine de viser le texte ou le principe qu'elle interprète, c'est pour préciser le sens qu'elle entend donner à telle ou telle disposition. Alors qu'elle apporte toujours ces précisions dans les arrêts de cassation, elle se montre beaucoup moins communicative dans ses arrêts de rejet, sans parler des arrêts de non-admission qui ne sont presque jamais motivés¹¹⁴⁰. Ce constat ne se vérifie pas lorsque la Cour de cassation a recours à la substitution de motifs. En effet, bien qu'elle prononce le rejet du pourvoi, la Cour de cassation s'emploie presque toujours à viser la règle ou le principe interprété. Entre 2005 et 2010, sur les cent trente-cinq arrêts de rejet publiés en matière civile dans lesquels on observe une substitution de motifs¹¹⁴¹, cent deux visent expressément le principe ou l'énoncé législatif sur lequel repose l'interprétation de la Cour de cassation, ce qui représente 75% du total des arrêts concernés. Dans les cas où la règle interprétée n'est pas visée, il existe toujours, comme pour les autres, un chapeau intérieur contenant une solution explicitée¹¹⁴². Aussi est-il possible d'identifier, dans chaque arrêt concerné, quel est le sens de la règle de droit appliqué.

¹¹⁴⁰ Sur l'absence fréquente de visa dans les arrêts de rejet, cf. *supra* n°338.

¹¹⁴¹ La recherche a été menée sur *Légifrance* à partir des arrêts publiés de toutes les chambres civiles entre 2005 et 2010, qui contiennent les vocables « par ce motif substitué » ou « par ce motif de pur droit, substitué », ou encore « par ces motifs substitués ». Les résultats ont ensuite été triés selon leur pertinence.

¹¹⁴² Par ex. : Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, n°06-19.653, *Bull. civ.* I, n°391 : « Mais attendu que la responsabilité pécuniaire d'un salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde ; Et attendu que l'employeur n'a nullement invoqué la faute lourde du salarié pour mettre en œuvre la clause litigieuse du contrat de travail ; d'où il résulte que la décision de la formation des référés du conseil de prud'hommes est, par ce motif substitué à ceux critiqués, légalement justifiée » ; V. égal. Soc., 6 mai 2009, n°07-44.485, *Bull. civ.* V, n°126.

Il en va de même lorsque la Cour relève d'office un moyen de pur droit. La cassation à laquelle il mène suppose de préciser la loi ou le principe interprété. Entre 2005 et 2010, les Chambres civiles de la Cour de cassation ont rendu quatre-vingt-un arrêts publiés à l'occasion desquels elles ont soulevé un moyen de pur droit. Tous visent expressément l'énoncé législatif ou le principe méconnu par la cour d'appel et contiennent un chapeau de tête¹¹⁴³ ou intérieur¹¹⁴⁴.

Comme le précise une communication de la Cour de cassation s'intitulant « interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », les arrêts de rejet dans lesquels on observe une substitution de motifs ont « *une portée normative particulièrement renforcée* »¹¹⁴⁵ et « *il est incontestable que la cassation pour un motif de pur droit relevé d'office présente la plus haute charge doctrinale* »¹¹⁴⁶. La structure des arrêts dans lesquels la Cour de cassation sort du cadre décisionnel fixé par les moyens en cassation témoigne donc de son souci d'être comprise et entendue, ce qui nous amène à nous demander pourquoi.

365. Les enjeux justifiant la précision, la modification ou l'unification du droit positif - Pourquoi la Cour de cassation a-t-elle besoin d'apporter elle-même la solution juridique au litige par le jeu de la substitution ? Il apparaît difficile d'apporter une réponse exhaustive à cette question car elle supposerait de connaître du fond de toutes les affaires dans lesquelles ces procédés sont mobilisés. On peut toutefois tenter, en s'appuyant sur les réflexions doctrinales et une étude de la jurisprudence pertinente, de proposer un double éclairage. Il semble en effet que la Cour de cassation privilégie le recours à ces mécanismes lorsqu'elle souhaite modifier ou unifier le droit positif. Certains auteurs y voient d'ailleurs l'expression la plus pure de la mission de la Cour de cassation. Le doyen Perdriau estime en effet qu'« *il appartient à la cour régulatrice de vérifier, indépendamment des argumentations présentées de part et d'autre, et éventuellement en l'absence du défendeur, si la décision attaquée comporte, ou non, une erreur juridique* »¹¹⁴⁷. L'ancien président de la première Chambre civile, Christian Charruault considère également que c'est « *précisément pour faire triompher la cause du droit que la Cour de cassation, comme l'y invitent les règles qui gouvernent le pourvoi, soit évince le moyen pertinent en substituant au motif blâmable*

¹¹⁴³ V. par ex : Civ. 2^{ème}, 14 oct. 2010, n°09-14.033, *Bull. civ. II*, n°170.

¹¹⁴⁴ V. par ex : Civ. 2^{ème}, 21 avril 2005, n°03-15.607, *Bull. civ. II*, n°116.

¹¹⁴⁵ Cour de cassation, « Fiche méthodologique sur l'interprétation et la portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *BICC*, n°661, 2007, p. 6 à 21, spéc. p. 10.

¹¹⁴⁶ Cour de cassation, « Fiche méthodologique sur l'interprétation et la portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *BICC*, n°661, 2007, p. 6 à 21, spéc. p. 12.

¹¹⁴⁷ A. Perdriau, « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *JCP G*, I, 1996, p. 3911, n°22.

*l'exact raisonnement juridique, soit supplée le moyen impertinent en fondant sur la règle à tort ignorée la censure de la décision qui la méconnaît »*¹¹⁴⁸.

Nous ne souscrivons pas à cette vision idéalisée du rôle de la Cour de cassation car nous pensons, conformément à une conception réaliste du droit, qu'aucune interprétation juridique n'est vraie ou fausse. Autrement dit, il nous semble difficile d'admettre que la Cour de cassation soit en mesure d'identifier avec certitude quelle est « *la règle de droit applicable* » à chaque litige alors que les autres acteurs du procès, et notamment les juges du fond, seraient, en quelque sorte, privés de cette faculté. Cela dit, puisque l'interprétation de la Cour de cassation s'impose dans l'ordonnancement juridique car, à la différence de celles des autres acteurs juridiques, elle est authentique¹¹⁴⁹, le recours à ces mécanismes de substitution lui permet de remplacer (substitution de motifs) ou de casser (substitution de moyens) la règle de droit appliquée par les juges du fond, en appliquant la solution juridique qu'elle estime appropriée. Pourtant, comme nous l'avons expliqué, les juges du fond s'appuient la plupart du temps sur les précédents de la Cour de cassation pour déterminer la règle de droit applicable¹¹⁵⁰. Dans ce cas, pour quelles raisons la Haute juridiction n'adhère pas à la motivation juridique des juges du fond si celle-ci est construite à partir de sa jurisprudence antérieure ? Deux enjeux semblent expliquer l'usage de ces mécanismes : la modification de l'état du droit positif ou sa clarification.

366. La substitution permet à la Cour de modifier sa position - Dans cette hypothèse, la Cour de cassation souhaite modifier son positionnement sur une question de droit à laquelle elle avait jusqu'ici apporté une solution contraire et ne trouve pas dans l'argumentation de l'auteur du pourvoi, les moyens de le faire. Alors que les juges du fond ne font ici qu'appliquer une solution antérieure de la Cour de cassation, ils se trouvent désavoués par l'adoption d'une nouvelle solution. C'est ce que signale l'ancien conseiller à la Cour de cassation, Gérard Pluyette : « *si la Cour veut énoncer une interprétation ou une application nouvelle d'une règle de droit, la mise en œuvre de l'article 620 du code de procédure civile le permet* »¹¹⁵¹. On trouve un bon exemple de cette situation dans le contentieux relatif à la validité d'une clause de non-concurrence imposée contractuellement au salarié. Pendant plusieurs années, la Cour de cassation a refusé de considérer que le versement d'une

¹¹⁴⁸ Ch. Charruault, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr.

¹¹⁴⁹ Cf. *supra* n°66 et s.

¹¹⁵⁰ Cf. *supra* n°344.

¹¹⁵¹ G. Pluyette « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », *Cycle droit et technique de cassation 2011*, 24 janv. 2011, accessible en ligne: www.courdecassation.fr, p. 6.

contrepartie financière était une condition de validité de cette clause. Dès 1982, elle affirmait en effet que sa validité n'était « pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation financière »¹¹⁵². En 1990, elle confirmait sa position en estimant que « les parties peuvent valablement convenir, lors de la conclusion d'un contrat de travail d'une clause de non-concurrence qui, sauf convention ou accord collectif contraire, n'aurait pas de contrepartie pécuniaire »¹¹⁵³. C'est donc sans surprise que, dans les affaires ayant mené aux trois célèbres arrêts du 10 juillet 2002, les juges du fond se s'étaient rangés derrière le positionnement de la Haute juridiction. En effet, Les cours d'appel d'Angers et de Reims avaient jugé que « *sauf si la convention collective le prévoit, l'existence d'une contrepartie pécuniaire n'est pas une condition de validité de la clause de non-concurrence* »¹¹⁵⁴, et la cour d'appel d'Aix-en-Provence n'avait tiré aucune conséquence de l'absence de contrepartie aux engagements de non-concurrence¹¹⁵⁵. La Cour de cassation casse et annule ces décisions sur la base du même moyen, soulevé d'office dans deux arrêts : « une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »¹¹⁵⁶. Cette solution, constitutive d'un revirement de jurisprudence, qui n'avait été ni posée par les juges du fond, ni imaginée par l'auteur du pourvoi, a pu être posée grâce à la technique de la substitution.

367. La substitution permet à la Cour de renforcer et de clarifier sa position - Dans cette hypothèse, le droit positif est incertain car il coexiste dans la jurisprudence, à propos d'une question donnée des solutions concurrentes et parfois même contradictoires et la substitution constitue alors un moyen pour la Cour de cassation d'opter pour celle qui n'a pas été retenue par les juges du fond afin de la renforcer et de clarifier ainsi l'état du droit positif.

Les errements jurisprudentiels quant à la définition de l'obligation de délivrance à la charge du vendeur en fournissent une bonne illustration. Alors que la troisième Chambre civile adoptait une conception stricte du défaut de délivrance en ne le retenant que lorsque la

¹¹⁵² Soc., 6 mai 1982, n°79-42.739, *Bull. civ. V*, n°279.

¹¹⁵³ Soc., 11 oct. 1990, n°86-45.320, *Bull. civ. V*, n°459.

¹¹⁵⁴ Solution de la CA d'Angers du 6 juin 2000 reproduite dans Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.387, *Bull. civ. V*, n°239, v. égal. la solution de la CA de Reims du 28 juin 2000 reproduite dans Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.135, *Bull. civ. V*, n°239.

¹¹⁵⁵ V. solutions de la CA d'Aix-en-Provence (arrêts du 4 mars 1999), reproduites dans Soc., 10 juil. 2002, n°99-43.334 et n°99-43.336, *Bull. civ. V*, n°239.

¹¹⁵⁶ Moyen relevé d'office dans l'arrêt Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.387 et l'arrêt Soc., 10 juil. 2002, n°99-43.334 et 99-43.336, et soulevé par l'auteur du pourvoi dans Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.135.

chose délivrée ne correspondait pas en quantité ou en qualité aux spécifications contractuelles¹¹⁵⁷, la première Chambre civile, imitée par la Chambre commerciale¹¹⁵⁸, adoptait de son côté une conception plus accueillante de l'obligation de délivrance. Elle estimait en effet que « l'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous point au but recherché »¹¹⁵⁹, gommant ainsi la frontière entre défaut de conformité et vice caché puisque celui-ci se définit comme le défaut d'une chose qui la rend impropre à sa destination¹¹⁶⁰. Finalement, la première Chambre civile se ravisa en 1993 en optant pour la même solution que la troisième Chambre civile¹¹⁶¹, solution également suivie par la Chambre commerciale¹¹⁶². Ces incertitudes, qui n'ont pas été résolues par une formation solennelle de la Cour de cassation, parfois même alimentées par de nouveaux arrêts de la Cour de cassation¹¹⁶³, ont pu pousser les juges du fond à opter pour une solution fragilisant la frontière tracée dans l'arrêt de 1993. En ce cas précis, la substitution a été un moyen pour la Cour de cassation de rappeler la distinction entre les deux actions et ainsi renforcer la position.

Par exemple, à l'occasion d'un pourvoi, un avocat reprochait aux juges du fond d'avoir retenu la responsabilité de son client pour manquement à l'obligation de délivrance conforme alors que les dysfonctionnements en cause « *résultaient d'un vice de conception rendant le matériel impropre à l'usage auquel il était destiné* »¹¹⁶⁴ et auraient donc dû être régis par la garantie des vices cachés. La Cour de cassation, reconnaît, même si elle le rejette, la pertinence du moyen, en substituant aux motifs de la cour d'appel, le motif tiré de la violation de la garantie des vices cachés¹¹⁶⁵. Le motif substitué lui permet ainsi de réaffirmer

¹¹⁵⁷ Civ. 3^{ème}, 25 janv. 1989, n°86-11.806, *Bull. civ.* III, n°20 : Le défaut de conformité a « comme origine une non-conformité aux stipulations contractuelles » ; V. égal. Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n°107.

¹¹⁵⁸ V. Com., 22 mai 1991, n°89-15.406, *Bull. civ.* IV, n°176.

¹¹⁵⁹ Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, n°87-18.517, *Bull. civ.* I, n°140.

¹¹⁶⁰ V. art. 1641 du C. civ. et la jurisprudence de la Cour de cassation fondée sur cette disposition.

¹¹⁶¹ Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n°91-18.047, *Bull. civ.* I, n°159 : « Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que M. X... contestait non pas la qualité de la marchandise vendue mais la conformité de celle-ci à la commande, la cour d'appel a fait une fausse application du contrat et a violé le texte susvisé ».

¹¹⁶² V. Com., 26 avril 1994, n°92-13.862, *Bull. civ.* IV, n°159.

¹¹⁶³ Par ex. : Civ. 3^{ème}, 6 oct. 2004, n°02-20.755, *Bull. civ.* III, n°167 : « Mais attendu (...) qu'ayant retenu l'obligation de délivrance ne consistait pas seulement à livrer ce qui avait été convenu mais aussi les accessoires et tout ce qui était destiné à l'usage de la chose, la cour d'appel qui n'était pas tenue de procéder à une recherche sur le bref délai, que ses constatations rendaient inopérante, en a exactement déduit, sans dénaturation, que l'absence d'une installation électrique individuelle constituait un manquement à l'obligation de délivrance et non un vice caché ».

¹¹⁶⁴ V. la deuxième branche du premier moyen au pourvoi n°95-17.921 (Com., 3 mars 1998).

¹¹⁶⁵ Com., 3 mars 1998, n°95-17.921 : « Attendu que le défaut de la chose vendue la rendant impropre à l'usage auquel elle est destinée constitue le vice prévu par les articles 1641 et suivants du Code civil (...) qu'il en résulte que la société ETG, qui n'a pas remis en cause le principe de sa responsabilité dans la réalisation du dommage subi par la société Burke et qui ne prétend pas que l'action n'aurait pas été introduite à bref délai, doit garantir celle-ci des vices cachés de la chose vendue ».

son attachement à la distinction entre les deux actions. De la même manière, dans un arrêt de 2006, la Cour de cassation relève un moyen d'office sur le fondement de l'article 1604 du Code civil, lui permettant de casser un arrêt de la cour d'appel de Chambéry qui n'avait pas « requalifié l'action en garantie des vices cachés en action pour manquement à l'obligation de délivrance »¹¹⁶⁶. C'est une autre manière d'exiger des juges du fond qu'ils respectent le *distinguo* entre les deux actions.

368. Propos conclusifs - Les mécanismes de substitution permettent à la Cour de cassation de retenir, au soutien de sa décision de rejet ou de cassation, une motivation personnelle, qui ne s'inspire pas des solutions relayées par le cadre décisionnel prédéterminé par l'avocat. Son choix ne se résume plus à réaffirmer la solution appliquée par les juges du fond (arrêt de rejet) ou à retenir celle invoquée par l'avocat du demandeur (arrêt de cassation). Ici, elle retrouve sa pleine liberté pour résoudre le litige ce qui lui permet plus aisément, de modifier ou de consolider ses solutions antérieures. Ainsi, dans une certaine mesure, la redéfinition du cadre décisionnel favorise l'éclosion de solutions nouvelles ou inattendues. C'est à cette conclusion que parvient Cyrille Charbonneau. L'auteur, qui s'appuie de nombreux exemples spécifiques au relevé d'office, voit également dans ces mécanismes « *un véritable outil de pouvoir* »¹¹⁶⁷ mais elle signale qu'une autre technique permet à la Cour de cassation d'aller encore plus loin en élaborant la norme au-delà des limites du litige, en énonçant un *obiter dictum*.

¹¹⁶⁶ Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2006, n°04-20.327.

¹¹⁶⁷ C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Thèse, Paris, IRJS éditions, 2011, p. 142.

§2. Le cadre dépassé

369. Il existe une technique qui permet aux magistrats de dépasser le cadre fixé par le contenu des moyens de cassation, de se prononcer au-delà de ses limites : *l'obiter dictum*. Traduction éclatante de la liberté de la Cour de cassation, cette technique décourage l'analyse tant son usage est imprévisible et sa conceptualisation délicate. Face à ces difficultés, les travaux de la doctrine sont d'une aide précieuse car ils permettent de percer les mystères de ce mécanisme (A) et d'en comprendre les fonctions (B).

A. La technique de dépassement : l'obiter dictum

370. Une pratique prétorienne appréhendée par la doctrine - S'il s'avère très difficile de définir *l'obiter dictum*, c'est parce que le droit positif français ne l'appréhende d'aucune façon. Certes, cette technique a pu être évoquée dans des travaux préparatoires aux arrêts de cassation¹¹⁶⁸, ou même dans des moyens au pourvoi¹¹⁶⁹, mais ni la loi ni la jurisprudence ne l'ont expressément reconnue, définie ou limitée.

L'un des premiers arrêts dans lequel a été observé un *obiter dictum* a été rendu par la première Chambre civile en 1969. En l'espèce, une femme mariée demandait, au profit de sa fille, le versement d'une pension alimentaire à son amant, en prétendant que son enfant était issu de leur relation adultère. Les juges du fond accueillirent sa demande sur le fondement de l'article 342 du Code civil, alors même que l'enfant avait encore, juridiquement, la qualité d'enfant légitime, puisque l'époux de la demanderesse n'avait pas procédé à un désaveu de paternité. L'auteur du pourvoi argua alors, dans un moyen unique, que l'article 342 du Code civil n'était pas applicable puisqu'« un enfant qui a la qualité d'enfant légitime ne peut être reconnu adultérin, fût-ce en fait »¹¹⁷⁰. La Cour de cassation se fonda sur cette argumentation pour casser la décision, en posant dans un attendu de principe que : « l'action en réclamation d'aliments prévue par ce texte, n'est recevable que si son auteur a la qualité d'enfant naturel,

¹¹⁶⁸ Par ex. : Concl. M. Jéol, *D.* 1996, p. 13 et s., sous Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9 : L'avocat général recommande l'usage de *l'obiter dictum* : « vos arrêts devront nécessairement recourir à la technique de *l'obiter dictum*, mais en faisant clairement apparaître - pour éviter toute erreur d'interprétation - qu'il s'agit là, non de répondre au moyen, mais d'ouvrir une porte sur l'avenir... ».

¹¹⁶⁹ En matière civile, une recherche menée sur *Lamyline* (base de donnée plus complète que *Légifrance* concernant les moyens de cassation), à partir du vocable « *obiter dictum* », révèle qu'aucun moyen de cassation ne vise un *obiter dictum* de la Cour de cassation. On observe toutefois qu'un moyen fait référence à *l'obiter dictum* d'une cour d'appel, v. 1^{ère} branche du moyen unique au pourvoi n°95-21.576 (Soc., 25 nov. 1997), v. égal. en matière criminelle, un moyen exposant les motifs des arrêts des juges du fond qui visent un *obiter dictum* de la Cour EDH : 1^{er} au pourvoi n°10-83.674 (Crim., 15 déc. 2010, *Bull. crim.*, n°207).

¹¹⁷⁰ V. deuxième branche du moyen unique au pourvoi n°67-11.414 (Civ. 1^{ère}, 20 mai 1969, *Bull. civ.* I, n°193).

simple ou adultérin ou incestueux ». Elle conclut enfin que « faute d'un désaveu de paternité émanant du mari de la mère et dont l'exercice n'appartient qu'à celui-ci, [l'enfant] possède le statut d'enfant légitime »¹¹⁷¹. Les commentateurs de l'arrêt ont tous remarqué que la Cour de cassation avait répondu, par son attendu de principe, à une question que le pourvoi ne lui posait pas. Contrairement à sa position antérieure¹¹⁷², elle élargissait désormais l'action de l'article 342 du Code civil aux enfants naturels simples, et non plus uniquement aux enfants adultérins ou incestueux. Cette évolution jurisprudentielle n'aurait pas pu voir le jour si la Cour de cassation avait statué dans les limites du pourvoi. Le Premier avocat général intervenant dans cette affaire n'avait d'ailleurs pas hésité à signaler à la Haute juridiction qu'il fallait « *sortir du moyen (...) en sortir ouvertement, pas à la dérobée* »¹¹⁷³. Cette liberté que s'est accordée la Cour de cassation n'a pas échappé à la sagacité de la doctrine¹¹⁷⁴ qui s'emploie encore aujourd'hui à comprendre les rouages de ce mécanisme emprunté au système de la *Common Law*¹¹⁷⁵.

Dans son dictionnaire de *Vocabulaire juridique*, Gérard Cornu définit l'*obiter dictum* comme « *une opinion que le juge livre chemin faisant, à titre indicatif, indication occasionnelle qui, à la différence des motifs, même surabondants, ne tend pas à justifier la décision qui la contient, mais seulement à faire connaître par avance, à toutes fins utiles, le sentiment du juge sur une question autre que celles que la solution du litige en cause exige de trancher* »¹¹⁷⁶. À partir de cette définition, et en s'appuyant sur d'autres réflexions doctrinales et l'expérience jurisprudentielle, on peut tenter de dégager la spécificité de cette technique. À cette fin, une triple approche peut être envisagée : *organique, formelle, et substantielle*.

371. L'approche organique de l'*obiter dictum*, une approche insuffisante - En premier lieu, on peut se demander si la pratique de l'*obiter dictum* est réservée aux plus hautes juridictions, ou si au contraire, elle s'observe également devant les juges du fond.

¹¹⁷¹ Civ. 1^{ère}, 20 mai 1969, n°67-11.414, *Bull. civ. I*, n°193.

¹¹⁷² V. Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1959, n°57-12.459, *Bull. civ. I*, n°22.

¹¹⁷³ Concl. M. Lindon, D. 1969, p. 432, sous Civ. 1^{ère}, 20 mai 1969, n°67-11.414, *Bull. civ. I*, n°193.

¹¹⁷⁴ V. sous Civ. 1^{ère}, 20 mai 1969, n°67-11.414, *Bull. civ. I*, n°193, note C. Colombet, D. 1969, p. 432 : « *Mais y avait-il lieu de saisir l'occasion de changer de jurisprudence ? C'est là un grave problème que nous n'évoquons pas : nous sortirions de notre commentaire comme la Cour de cassation est sortie du moyen* » ; obs. JCP G., 1969, 16113 : La Cour de cassation « *a purement et simplement renversé sa jurisprudence, et par une simple incidente contenue dans le chapeau de l'arrêt rapporté (...)* » ; obs. P. Hébraud, *RTD Civ.*, 1969, 608 : « *on ne peut manquer d'éprouver des hésitations face à cette initiative audacieuse* ».

¹¹⁷⁵ Sur ce point, v. la définition du terme par H. Roland et L. Boyer, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, France, Éd. L'Hermès, 1977, **Obiter dictum* : « *Tout argument qui, dans la décision du juge anglais, demeure en dehors de la ratio decidendi est qualifié d'obiter dictum. Parmi les différentes "reasons" invoquées à l'appui de la décision, il convient de faire la distinction entre ce qui est le support nécessaire du jugement et ce qui ne l'est pas* ».

¹¹⁷⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, **Obiter dictum*.

A priori, compte tenu de la haute teneur doctrinale des *obiter dicta*, tout porte à croire qu'ils ne sont utilisés que par les interprètes authentiques¹¹⁷⁷. Cette croyance est d'ailleurs renforcée par le fait que les études doctrinales qui lui sont consacrées, ne s'intéressent qu'à son expression devant des juridictions supérieures¹¹⁷⁸.

Pourtant, les juridictions inférieures semblent y avoir eu recours. En tous cas, c'est ce que laisse entendre un avocat aux Conseils, qui, dans l'un des ses moyens au pourvoi, reprochait à un tribunal d'instance de s'estimer lié par une observation contenue dans un arrêt des juges du fond, alors que cette observation ne pouvait « *s'analyser que comme un obiter dictum ne pouvant lier la juridiction ayant le pouvoir et le devoir de trancher la contestation* »¹¹⁷⁹. Ainsi, on ne peut pas être certains que cette technique ne soit pas employée par les juges du fond, même si « *elle semble l'être de manière bien moins intentionnelle* »¹¹⁸⁰.

Cela dit, on est tenté de préciser que même si les juges du fond emploient des *obiter dicta*, ceux-ci ne jouissent pas de la même immunité que ceux des juridictions supérieures. Ils peuvent en effet être versés au débat de cassation par les avocats aux Conseils et être ignorés, invalidés voire déclarés surabondants par la Cour de cassation de sorte qu'ils leur est difficile d'accéder à la postérité. Tel n'est pas le cas des *obiter dicta* des juridictions suprêmes qui ne sont pas débattus de manière contradictoire¹¹⁸¹ et qui, même en cas de cassation avec renvoi, ne s'exposeront pas à la résistance des juges du fond, lesquels ne sauraient, sans encourir les critiques des parties puis de la Cour de cassation (lors d'un second pourvoi), sortir du cadre de leur saisine¹¹⁸².

Ainsi, l'approche organique de l'*obiter dictum* permet de comprendre que, même son usage n'est pas propre à la Cour de cassation, la qualité de son auteur influe sur sa réfutabilité.

372. L'approche formelle de l'*obiter dictum*, une approche fructueuse - L'approche formelle de l'*obiter dictum* tend à analyser les éléments qui permettent d'identifier sa présence dans un arrêt de la Cour de cassation. Étant entendu que cette dernière n'annonce

¹¹⁷⁷ Sur cette notion, cf. *supra* n°66 et s.

¹¹⁷⁸ V. par ex : C. Charrier, « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 79 et s. ; S. Tournaux, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 45 et s. ; A. Oraison, « Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice », *RRJ*, 2002, p. 1923 et s.

¹¹⁷⁹ 1^{ère} branche du moyen unique au pourvoi n°95-21.576 (Soc., 25 nov. 1997).

¹¹⁸⁰ S. Tournaux, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 45 et s., v. note n°41. L'auteur a eu l'occasion d'interroger, un président de la Chambre sociale d'une Cour d'appel et a pu mesurer « *l'absence de conscience véritable de l'usage d'une telle technique, ensuite, la crainte de la cassation s'il en était fait usage et, enfin, le sentiment des juges du fond d'une vision moins globale et prospective que celle de la Cour de cassation* ».

¹¹⁸¹ cf. *infra* n°377.

¹¹⁸² Sur la dévolution de compétence des juges du fond en cas de renvoi et de second renvoi cf. *supra* n°288.

jamais expressément y avoir recours, l'analyse à suivre, qui se veut aussi objective que possible, contient inévitablement des positionnements.

373. L'*obiter dictum* est une affirmation positive - En premier lieu, nous pensons que l'*obiter dictum* ne se manifeste que *positivement*, il résulte de la volonté de son auteur, identifiable à partir de ce que la Cour de cassation affirme et non à partir de ce qu'elle sous-entend. Autrement dit, l'*obiter dictum* ne peut pas résulter d'une abstention de la Cour de cassation, contrairement à ce que certains suggèrent. Guy Canivet a pu affirmer, à propos de cette technique, qu'il suffisait, « *souvent de lire un arrêt de la Cour de cassation pour découvrir, au revers de chaque périphrase, les potentialités d'une interprétation a contrario* »¹¹⁸³. Certes, les commentateurs d'arrêts peuvent tenter, par un raisonnement *a contrario*, de prédire les prochaines décisions de la Cour de cassation, mais « *l'origine du contenu normatif ainsi identifié ne peut que difficilement être prêtée à la volonté de la Cour de cassation* »¹¹⁸⁴. Ainsi, nous pensons comme Sébastien Tournaux que « *l'hypothèse selon laquelle un silence dans la motivation du juge puisse révéler un obiter dictum doit être écartée* »¹¹⁸⁵ car l'identification certaine d'un *obiter dictum* exige, *a minima*, sa matérialité.

374. L'*obiter dictum* est compris dans un motif de la Cour de cassation - L'identification d'un *obiter dictum* suppose également, comme le préconise Jacques Ghestin¹¹⁸⁶, de bien connaître la structure des arrêts de la Cour de cassation. Elle permet d'éviter des erreurs d'appréciation qui mènent à identifier un *obiter dictum* dans une partie de l'arrêt où la Cour de cassation ne fait que reprendre les moyens au pourvoi ou la motivation des juges du fond. L'*obiter dictum*, dès lors qu'il émane de la Cour de cassation, est en effet nécessairement compris dans ses propres énonciations. Aussi peut-il, en principe, se trouver dans les motifs, le dispositif et éventuellement dans le ou les visas de sa décision.

En réalité, au regard des arrêts dans lesquels ont été identifiés des *obiter dicta*, ceux-ci n'apparaissent jamais dans le dispositif. On ne s'en étonnera guère puisque l'*obiter dictum* ne

¹¹⁸³ G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, tome 50, 2007, p. 7 à 29, spéc. n°53.

¹¹⁸⁴ S. Tournaux, art. préc., n°15.

¹¹⁸⁵ *Ibid.*

¹¹⁸⁶ J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239-2248, spéc. n°33 et 34 : l'auteur s'attache à démontrer, à partir d'un arrêt, qu'une mauvaise maîtrise de la technique de cassation conduit à des erreurs d'appréciation. Ainsi, il signale que « *la connaissance de cette technique classique aurait permis de comprendre [que l'un des éléments contenus dans l'arrêt], n'était pas l'énoncé d'un obiter dictum émanant de la Cour de cassation et susceptible d'interprétation a contrario, mais le simple rappel de l'argumentation du demandeur au pourvoi* ».

sert pas à la résolution du litige et n'est logiquement pas compris dans la disposition de l'arrêt qui vise à le résoudre. Il peut donc siéger, par déduction, dans les visas et les motifs.

Concernant les visas, nous sommes plus sceptiques que certains auteurs, comme Sébastien Tournaux, qui considèrent que la technique de l'*obiter dictum* « peut parfaitement trouver sa place dans la simple référence à un texte »¹¹⁸⁷. Certes, dans certains arrêts, la Cour de cassation s'appuie effectivement sur des textes qui paraissent annoncer une généralisation de la règle invoquée dans les motifs¹¹⁸⁸, mais cette pratique ne nous semble pas relever du mécanisme de l'*obiter dictum*. D'une part, le visa est peut être nouveau par rapport aux énoncés textuels visés par la cour d'appel ou par le demandeur au pourvoi, mais il peut résulter de ceux invoqués par le défendeur en cassation, auxquels le lecteur n'a pas accès¹¹⁸⁹. Dans ce cas, le visa présente un lien avec le litige, ce qui l'éloigne de la qualification d'*obiter dictum*. D'autre part, cette pratique est beaucoup plus courante que semble le suggérer l'auteur. Une étude menée sur *légifrance*, à partir des arrêts de cassation publiés rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation en 2013¹¹⁹⁰, témoigne en effet que dans 14% des cas, le visa de l'arrêt est sans lien avec ceux présents dans les moyens ou les motifs. Il semble alors difficile de penser, que la Cour procède par *obiter dictum*, à chaque fois qu'elle se fonde sur des visas inattendus. Enfin, il faudrait parvenir à faire le départ entre les visas qui ne soutiendraient pas la décision et qui pourraient ainsi relever de la technique envisagée, des autres, ce qui nous paraît scientifiquement complexe¹¹⁹¹ et quelque peu contradictoire avec la définition classique du *visa*¹¹⁹².

Ainsi, seuls les motifs de la Cour de cassation nous semblent pouvoir accueillir l'énonciation d'un *obiter dictum*. C'est ce qu'admet par ailleurs Sébastien Tournaux

¹¹⁸⁷ S. Tournaux, art. préc., n°13.

¹¹⁸⁸ V. par ex. l'arrêt cité par l'auteur : Ass. plén., 13 déc. 2002, n°00-13.787, *Bull. Ass. plén.*, n°4 : la Cour de cassation vise effectivement l'al. 1^{er} de l'art. 1384 du c. civ., alors que le moyen ne l'invitait qu'à se prononcer sur les al. 4 et 7.

¹¹⁸⁹ Sauf s'ils sont rapportés dans des travaux préparatoires à l'arrêt ayant fait l'objet d'une publication.

¹¹⁹⁰ Au total, 136 arrêts ont été étudiés ; ces résultats ont été confortés à l'occasion d'un entretien avec Louis Boré, avocat aux Conseils. Le professionnel nous a confirmé que la pratique était relativement fréquente mais qu'elle ne modifiait pas les termes du débat de cassation. Par exemple, nous a-t-il précisé, « si le moyen a visé l'article 1382, la Cour de cassation peut viser l'article 1147 dans son arrêt de cassation sans que cela ne bouleverse, en réalité, les termes du débat ».

¹¹⁹¹ Sur l'impossibilité de déterminer, par la voie de la connaissance, les sens que renferme un énoncé législatif : cf. *supra* n°71. Sur la possibilité pour la Cour de cassation d'énoncer la même solution que celle recommandée par l'auteur ou les juges du fond en se fondant sur un visa textuel différent : cf. *supra* n°334 et *supra* n°338.

¹¹⁹² V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Visa. Alors que le visa est défini « comme l'indication dans un jugement de la loi auquel il se réfère », c'est-à-dire comme le support du dispositif de l'arrêt, soutenir que l'*obiter dictum* peut se résumer à la seule énonciation d'un visa sans rapport avec la question juridique soulevée par le litige obligerait à admettre que certains visas sont décisifs alors que d'autres ne le sont pas, avec toute la part d'incertitude qui accompagne un tel effort de distinction.

en concédant qu'ils en sont le siège habituel¹¹⁹³. Il faut être encore plus précis et signaler qu'ils peuvent être compris dans des énonciations relevées d'office par la Cour de cassation. Par exemple, dans deux des arrêts du 10 juillet 2002, la Cour de cassation relève le moyen d'office en vue de répondre au pourvoi : le versement d'une contrepartie financière en contrepartie d'une clause de non-concurrence est exigée à titre de validité. Mais elle profite également de ce moyen relevé d'office pour préciser l'ensemble des conditions entourant la validité de ce type de clause¹¹⁹⁴.

L'approche formelle de l'*obiter dictum* permet de l'identifier dans la partie de l'arrêt de cassation réservée à la motivation de la Cour de cassation, motivation qu'elle a pu déterminer d'office.

375. L'approche substantielle de l'*obiter dictum*, une approche déterminante - On entend par approche substantielle, une étude du fond des énonciations identifiées comme contenant un *obiter dictum*. Autrement dit, il s'agit d'étudier plusieurs *obiter dicta* pour déterminer ce qui, en substance, les rassemble¹¹⁹⁵. Il ressort justement de cet examen un point commun : les *obiter dicta* sont des énonciations qui dépassent le cadre juridique du litige et qui ne servent pas à sa résolution.

376. L'*obiter dictum* est une énonciation dépassant le cadre du litige - Ni les faits tels qu'ils ont été constatés, ni le droit tel qu'il a été appliqué par les juges du fond ni les critiques formulées par l'avocat du demandeur n'ont d'importance pour l'auteur d'un *obiter dictum*. Cette technique permet au juge d'ajouter « *des arguments juridiques qui ne servent plus les intérêts du demandeur, qui ne concernent pas les faits invoqués. Autrement dit, l'obiter dictum n'est pas seulement un argument ultra petita, il constitue un argument extra petita* »¹¹⁹⁶. Comme le précise en effet Christian Charruault, si, en principe, « *la Cour de cassation demeure dans la problématique du litige, il arrive parfois qu'elle s'en évade. Pour répondre*

¹¹⁹³ S. Tournaux, art. préc., n°14 : « *L'obiter dictum se situe le plus souvent dans l'exposé des motifs de la Cour de cassation, que ce soit dans un chapeau ou dans une motivation revêtant une forme plus commune et précédant le dispositif* ».

¹¹⁹⁴ Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.387, n°99-43.334 et n°99-43.336, *Bull. civ.* V, n°239 (arrêt n°1 et 2) : « Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

¹¹⁹⁵ On a conscience qu'une telle étude déborde sur celles des fonctions de l'*obiter dictum*, puisqu'elle mène à la constatation que cette technique n'est pas utilisée en vue de résoudre le litige. Elle ne peut toutefois pas y être totalement assimilée puisque ne seront pas étudiées les fonctions positives de l'*obiter dictum*.

¹¹⁹⁶ S. Tournaux, art. préc., n°21.

à une question qu'on ne lui pose pas mais que tout le monde se pose. *L'obiter dictum est l'instrument de ce dépassement* »¹¹⁹⁷.

Par exemple, dans les célèbres arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, alors qu'il était seulement demandé à la Cour de cassation de se prononcer sur la validité des contrats cadres qui ne contenaient pas de prix déterminable, la Cour de cassation livre une réponse en deux temps. D'abord, elle affirme que la fixation du prix n'est pas une condition de validité de ce type de convention, et elle précise ensuite que « *l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation* »¹¹⁹⁸. Cette précision est une énonciation qui dépasse la problématique du litige. En effet, ni l'objet, obtenir ou non l'annulation du contrat litigieux¹¹⁹⁹, ni la cause des demandes, juridiquement concentrée sur le problème de la validité, ne présentaient de lien avec cette deuxième partie de la motivation. Ainsi déconnecté de l'objet et de la cause de la demande, *l'obiter dictum* ne peut être qu'une énonciation de pur droit inutile à la résolution du litige.

377. *L'obiter dictum* est une énonciation de pur droit inutile à la résolution du litige -

Les *obiter dicta* sont des énonciations dépouillées de considérations factuelles, purement juridiques, qui permettent d'énoncer, au détour d'une motivation essentielle au règlement de l'affaire, des règles juridiques qui « *ne prétendent pas justifier l'arrêt* »¹²⁰⁰. Autrement dit, *l'obiter dictum* est une pratique juridictionnelle qui n'exerce aucune influence sur l'issue du litige. Pour reprendre l'exemple précité des arrêts du 1^{er} décembre 1995¹²⁰¹, la Cour de cassation aurait pu se contenter d'affirmer que la fixation du prix n'était pas une condition de validité des contrats-cadres. De la même manière, alors qu'elle était interrogée sur la validité des clauses de non-concurrence insérées dans un contrat de travail en l'absence de contrepartie financière, la Cour de cassation est venue rappeler l'ensemble des conditions de validité d'une clause de non-concurrence dans ses célèbres arrêts du 10 juillet 2002, alors que ces précisions n'étaient pas nécessaires à la résolution du litige¹²⁰².

¹¹⁹⁷ Ch. Charruault, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr.

¹¹⁹⁸ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.999, n°91-19.653, n°91-15.578, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9.

¹¹⁹⁹ Par ex. : le 1^{er} moyen de cassation au pourvoi n°91-15.578 qui vise la partie critiquée de l'arrêt d'appel : « *il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir prononcé la nullité du contrat (...)* ».

¹²⁰⁰ Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014, n°406.

¹²⁰¹ Cf. *supra* n°376.

¹²⁰² Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.387, n°99-43.334 et n°99-43.336, *Bull. civ.* V, n°239 (arrêt n°1 et 2) : « *Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ».

Ces caractéristiques présentent un intérêt distinctif. L'*obiter dictum* ne peut pas être confondu avec les techniques voisines qui permettent à la Cour de cassation de prendre des libertés par rapport au cadre décisionnel préalablement fixé par le pourvoi. Le recours à la substitution de motifs ou de moyens, à la suppléance ou à l'abstraction de motifs permet d'apporter une solution juridique au litige qui explique le dispositif adopté. À l'inverse, l'*obiter dictum* est une pratique juridictionnelle qui n'exerce aucun effet sur le dispositif, c'est-à-dire qui ne justifie ni le rejet, ni la cassation. Ainsi, contrairement à ce qui s'était produit lorsque la Cour de cassation avait commencé à user d'autres mécanismes, comme la substitution de motifs ou de moyens¹²⁰³, ou encore la cassation sans renvoi¹²⁰⁴, les avocats aux Conseils, représentants des parties au litige, n'ont jamais eu intérêt à réclamer l'encadrement d'une telle pratique. L'énonciation juridique découlant d'un *obiter dictum* de la Cour de cassation n'est donc pas versée au débat de cassation et ne peut être remis en cause par la cour d'appel de renvoi¹²⁰⁵.

378. Définition conclusive - En définitive, l'*obiter dictum* est une technique juridictionnelle permettant à son auteur de se saisir d'une question extérieure au litige, quoique connexe, pour lui apporter une réponse purement juridique qui, insérée dans la motivation de la décision, échappe à un débat contradictoire ou à une éventuelle résistance des juges du fond. Maintenant qu'une définition du mécanisme a été posée, il faut en rechercher les fonctions.

B. Les fonctions du dépassement

379. Les développements précédents nous ont permis de révéler que le dépassement opéré par l'*obiter dictum* n'avait pas pour fonction de résoudre le litige, contrairement aux techniques voisines qui permettent de redéfinir le cadre décisionnel tel qu'il est fixé par le pourvoi. Il faut maintenant s'interroger sur les enjeux du dépassement, sur les fonctions remplies par cette technique.

¹²⁰³ V. E. Baraduc, « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in *La procédure en tous ses états, Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 5-18.

¹²⁰⁴ L. Boré, « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », *Cycle droit et technique de cassation 2011*, 24 janv. 2011, accessible en ligne: www.courdecassation.fr, p. 6 : « il me semble qu'il serait souhaitable que la Cour de cassation ne casse sans renvoi qu'après avoir informé les parties qu'elle envisage de le faire, en leur adressant ce que nous appelons un avis 1015 [en référence à l'article 1015 du C. pr. civ.] ».

¹²⁰⁵ Cf. *supra* n°371.

L'étude de plusieurs *obiter dicta* de la Cour de cassation révèle justement que leur utilisation permet principalement d'innover (1), mais également de consolider l'innovation (2).

1. L'innovation

380. L'*obiter dictum*, un vecteur d'innovation - L'*obiter dictum* est assurément un outil d'innovation. Tout les auteurs qui se sont penchés sur ce mécanisme le reconnaissent. S'intéressant aux *obiter dicta* de la Cour de Justice de l'Union Européenne, Carmenza Charrier et Laurent Coutron signalent que « *bien que ne participant pas à l'autorité du ratio decidendi, ils ont une valeur certaine et peuvent s'avérer des précédents jurisprudentiels* »¹²⁰⁶. André Oraison considère à son tour, à propos de certains *obiter dicta* de la Cour internationale de Justice, qu'ils permettent « *l'expression d'une nouvelle règle de droit prétorien* »¹²⁰⁷. Quant à l'enjeu du mécanisme devant la Cour de cassation, le constat est identique. Hébraud a admis très tôt que ce « *procédé constitue l'instrument le plus avancé du rôle d'élaboration et de direction de la jurisprudence consciemment assumé par la Cour de cassation* »¹²⁰⁸. Dans une étude plus récente, Sébastien Tournaux confirme l'analyse : « *la jurisprudence utilise l'obiter dictum pour créer des normes jurisprudentielles nouvelles* »¹²⁰⁹. Ce consensus doctrinal se vérifie si l'on étudie les arrêts sur lesquels il repose : l'*obiter dictum* peut en effet être à l'origine d'une solution nouvelle par rapport à la jurisprudence antérieure ou en l'absence de jurisprudence antérieure.

381. L'*obiter dictum*, à l'origine d'une solution nouvelle par rapport à la jurisprudence antérieure - La Cour de cassation profite parfois d'un litige pour modifier, par la voie d'un *obiter dictum*, son positionnement jurisprudentiel. Cette évolution, qui s'analyse souvent comme un revirement, trouve dans le mécanisme étudié un moyen d'être plus facilement acceptée. En effet, en posant une règle de droit nouvelle, à l'occasion d'un litige ne nécessitant pas son application, la Cour de cassation prépare les esprits à l'évolution

¹²⁰⁶ Cette constatation est celle de C. Charrier in « L'*obiter dictum* dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 102, et se retrouve citée *in extenso* par L. Coutron, in « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.*, 2009, p. 645.

¹²⁰⁷ A. Oraison, « Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice », *RRJ*, 2002, p. 1963.

¹²⁰⁸ P. Hébraud, « Le juge et sa jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 348.

¹²⁰⁹ S. Tournaux, « l'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 45 et s., spéc. n°25.

amorcée et se prémunit, au moins en partie, contre des critiques qui s'appuieraient sur la situation des parties pour soutenir que la solution est imprévisible et source d'insécurité¹²¹⁰. Autrement dit, elle prévient les justiciables et les juristes de l'existence d'une nouvelle règle qui sera susceptible d'être réaffirmée et appliquée à l'occasion d'un litige ultérieur. Cet atout préventif a été loué par de nombreux auteurs¹²¹¹ et a en conséquence été largement exploité par la Cour de cassation.

Pour reprendre un exemple déjà cité, lorsqu'en 1969, elle précisait, par une incise, que l'action en versement de subsides prévue à l'article 342 du Code civil est ouverte aux enfants naturels simples, elle opérait un revirement par rapport à son positionnement antérieur, sans incidence pour les parties au litige¹²¹². De même, lorsqu'en 1994, la première Chambre civile de la Cour de cassation, alors saisie d'un problème de validité d'un contrat de fourniture et d'entretien de lignes téléphoniques en l'absence d'un prix déterminé, précisait chemin faisant que la responsabilité du fournisseur aurait pu être recherchée s'il avait « *abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime* »¹²¹³, elle fit du prix dans les contrats-cadre un problème d'exécution et non de validité. Elle préparait ainsi les esprits à un changement qui sera confirmé par l'Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995¹²¹⁴.

Ainsi, l'*obiter dictum* est un outil d'innovation qui, sans blesser les attentes des parties ou surprendre les prévisions des juristes, permet à la Cour de modifier son positionnement. Il lui permet également de se positionner pour la première fois sur un nouveau problème de droit.

¹²¹⁰ Cela ne signifie pas pour autant que les esprits, désormais préparés, n'ont pas été pas bousculés par les *obiter dicta* opérant revirement au moment de leurs énonciations. V. sur ce point G. Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, tome 50, 2007, p. 7 à 29, spéc. n°53: « *De telles annonces suffisent à bouleverser le comportement de ceux, particuliers ou organes de l'État, qui guident leur conduite d'après ce que les tribunaux risquent d'en dire à la faveur d'un procès* ».

¹²¹¹ V. par ex. : Ch. Mouly, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n°33, p. 21: l'*obiter dictum* « est un excellent moyen pour le juge de laisser deviner ses intentions lorsqu'il devra trancher le problème à peine évoqué » ; N. Molféssis (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005, p. 44: « la Cour de cassation pourra toujours annoncer son revirement en ayant recours à des techniques préventives, comme l'*obiter dictum*, ce qui redonnera alors vigueur aux pourvois du moment que la solution nouvelle sera applicable ». F. Rome, « Autres Présidents, autre lettre... », *D.* 2007, p. 1713, « pourquoi ne pas songer au rétablissement de l'*obiter dictum*, cette façon si élégante d'annoncer les évolutions à venir de la jurisprudence de la Cour de cassation ? ».

¹²¹² V. Civ. 1^{ère}, 20 mai 1969, n°67-11.414, *Bull. civ. I*, n°193, et *contra* Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1959, n°57-12.459, *Bull. civ. I*, n°22 et cf. *supra* n°370.

¹²¹³ Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21.009, *Bull. civ. I*, n°348.

¹²¹⁴ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9, cf. *infra* n°454.

382. L'*obiter dictum*, à l'origine d'une solution nouvelle en l'absence de jurisprudence antérieure - L'*obiter dictum* est également un moyen pour la Cour de cassation de se saisir d'une question inédite pour se positionner avant d'être contrainte de le faire dans un litige ultérieur. Par exemple, dans un arrêt de Chambre mixte, la Cour de cassation devait répondre à la question de savoir s'il était possible de déroger à la règle qui diffère le pourvoi de certaines décisions, en cas de violation du principe de contradiction par l'auteur de la décision contestée. Elle répondit par la négative aux motifs que « *ne constitue pas un excès de pouvoir la violation du principe de la contradiction invoquée* » et ajoute qu' « *il n'est dérogé à la règle du pourvoi différé, comme à toute autre règle interdisant ou différant un recours, qu'en cas d'excès de pouvoir* »¹²¹⁵. La Cour de cassation apporte des précisions inutiles au litige en forçant le cadre de saisine. Comme le souligne Christian Charruault, : « *l'ajout de dix mots permet de passer de la singularité, le pourvoi différé, à la généralité, l'ensemble des recours, soit différés, soit proscrits* »¹²¹⁶. D'autres exemples de cette situation sont donnés par Sébastien Tournaux, qui parvient à une conclusion à laquelle nous adhérons pleinement : « *par l'*obiter dictum*, tantôt la Cour de cassation renouvelle les règles qu'elle avait déjà elle-même façonnées, tantôt elle crée ouvertement des règles nouvelles* »¹²¹⁷. La Haute juridiction peut également recourir à l'*obiter dictum* non plus pour innover, mais pour consolider ses innovations.

2. La consolidation du droit positif

383. Hypothèses - Dans cette hypothèse, l'énonciation formulée dans l'*obiter dictum* n'est pas nouvelle. Elle permet toutefois de consolider une solution antérieure de la Cour de cassation. En d'autres termes, l'*obiter dictum* est un moyen pour la juridiction de réaffirmer une position ou des positions retenues dans des arrêts antérieurs.

384. L'*obiter dictum*, vecteur de rappel des solutions antérieures - La fonction de consolidation de la jurisprudence antérieure a été dévoilée par plusieurs auteurs. Devant la Cour de Justice de l'Union Européenne, Carmenza Charrier voit dans ce procédé un « *outil de*

¹²¹⁵ Mixte, 28 janv. 2005, n°02-19.153, *Bull. mixte*, n°1.

¹²¹⁶ Ch. Charruault, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr.

¹²¹⁷ S. Tournaux, « l'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 45 et s., spéc. n°42 à 52 .

*« systématisation de l'acquis communautaire »*¹²¹⁸. Devant la Cour de cassation, Sébastien Tournaux identifie quant à lui une *fonction pédagogique de l'obiter dictum* qui participe à la « consolidation du passé jurisprudentiel »¹²¹⁹. Certains *obiter dicta* opèrent en effet un rappel d'une solution antérieure qui « permet à la Cour de cassation de signifier qu'elle continuera, à l'avenir, à en faire application »¹²²⁰. Cette pratique se retrouve souvent devant la Chambre sociale¹²²¹.

Lorsque le 10 juillet 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation, alors amenée à se positionner sur l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence, précisa également que cette clause « n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace »¹²²², elle ne fit que réaffirmer des solutions antérieures pour les consolider¹²²³. Dans le même temps, le fait de réaffirmer l'ensemble de ces solutions antérieures, donne du crédit à la nouvelle solution tenant à l'exigence d'une contrepartie financière. Cet *obiter dictum* permet donc à la Cour de cassation de renforcer ses anciennes solutions en les répétant mais également de justifier la solution nouvelle qu'elle pose, en valorisant la complémentarité entre la jurisprudence antérieure et la norme nouvellement posée¹²²⁴.

En définitive, l'*obiter dictum* est un procédé hors du commun, dont l'usage révèle le pouvoir créateur de la Cour de cassation. Avec les mécanismes de substitution de motifs ou de moyens, la Cour s'autorise déjà apporter à une question juridique donnée, une solution personnelle, mais avec l'*obiter dictum*, elle est non seulement maître de sa solution, mais

¹²¹⁸ C. Charrier, « L'obiter dictum dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 99-100.

¹²¹⁹ S. Tournaux, « l'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 45 et s., spéc. n°42 à 52.

¹²²⁰ *Ibid.*, n°42.

¹²²¹ *Ibid.*, n°44.

¹²²² Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.387, n°99-43.334 et n°99-43.336, *Bull. civ. V*, n°239 (arrêt n°1 et 2) : « Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ».

¹²²³ Pour l'exigence de légitimité de la clause, v. Soc., 14 mai 1992, n°89-45.300, *Bull. civ. V*, n°309 ; pour l'exigence d'une limitation temporelle et géographique, v. Civ. 26 mars 1928, *DP* 1930, I, p.145.

¹²²⁴ De même, dans les arrêts du 1^{er} déc. 1995 (Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9), la solution nouvelle selon laquelle le prix n'est pas une condition de validité dans les contrats trouve un complément dans l'*obiter dictum* qui précise que l'abus dans la fixation du prix donne seulement droit à résiliation ou indemnisation.

également libre de formuler la question à laquelle elle entend répondre¹²²⁵. Comme le précise le Doyen Héron, en usant de cette technique qui s'apparente à une auto-saisine, « *le juge se place dans une position très proche de celle du législateur (...). Dans cette hypothèse, la fixation du contenu de la norme jurisprudentielle est comparable à celle de la norme légale et l'infériorité [liée à l'impossibilité pour le juge de s'autosaisir] disparaît* »¹²²⁶.

*
* *

¹²²⁵ Certains auteurs ont pu s'interroger sur la légitimité d'un tel mécanisme notamment au regard de l'article 5 du Code civil qui interdit au juge de se prononcer par voie générale et réglementaire. V. par ex : Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014, n°406: les auteurs voient dans l'*obiter dictum* une forme déguisée d'arrêts de règlement, en estimant que « *le procédé viole à l'évidence l'article 5* », S. Tournaux, « L'*obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 45 et s., n°37: « *À partir du moment où l'on accepte que l'obiter dictum comporte une proposition normative, il porte au minimum atteinte aux textes ayant trait à l'autorité relative de la chose jugée et, plus gravement peut-être, à la prohibition des arrêts de règlement* ».

¹²²⁶ J. Héron, « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ*, 1993, p. 1087.

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

385. L'application par la Cour de cassation du cadre prédéterminé par l'avocat du demandeur - Au commencement de ces développements, nous évoquions une formule empruntée à un magistrat de la Cour de cassation qui insistait sur l'attachement de cette juridiction à l'adage : « *le moyen, rien que le moyen, tout le moyen* ». Nous avons pu en éprouver la consistance. Dans la plupart des cas, la Cour de cassation applique le moyen, et avec lui, le cadre interprétatif qu'il véhicule. La juridiction se limite bien souvent en effet à reprendre les motifs critiqués et visés dans le moyen (rejet du pourvoi) ou l'interprétation souhaitée par l'avocat (cassation de l'arrêt). Les causes de cette application régulière sont doubles. D'une part, son pouvoir discrétionnaire trouve dans l'application d'un cadre prédéfini, une source importante de légitimation. En effet, si elle s'aventurait régulièrement à forcer ce cadre, en adoptant une solution à laquelle ni les juges du fond ni les avocats aux Conseils n'avaient pensé, le mythe de l'interprétation comme acte de connaissance s'effondrerait emportant avec lui les réflexions sur la base desquelles il s'est édifié¹²²⁷. Serait en effet trahie la grande liberté dont la Haute juridiction jouit pour attribuer une signification aux textes qu'elle interprète. D'autre part, l'application du cadre prédéfini se justifie aussi par son contenu. L'infériorité hiérarchique des juges du fond et l'implication partisane des avocats aux Conseils les poussent en effet, en tant qu'acteurs rationnels, à construire leurs interprétations, à chaque fois que cela est possible, à partir de la jurisprudence antérieure de la Cour. Le cadre décisionnel véhicule en conséquence des solutions inspirées de l'œuvre jurisprudentielle de son destinataire, lequel ne saurait rationnellement s'en détourner. Si la Cour de cassation veut maintenir son autorité, ses décisions doivent s'inscrire dans un ensemble harmonieux et prévisible. À cette fin, appliquer le cadre, qui favorise une circulation de la jurisprudence antérieure, permet à la Cour de cassation d'échapper aux griefs doctrinaux articulés autour de l'instabilité jurisprudentielle et de se prémunir contre le risque d'une perte de légitimité vis-à-vis des juridictions inférieures. Appliquer le cadre, c'est donc maintenir et protéger son pouvoir.

¹²²⁷ On pense notamment à celles engagées par l'École de l'Exégèse (cf. *supra* n°1 et n°60) et par Kelsen, père du normativisme, n'ayant jamais abandonné l'idée que l'interprétation était, au moins en partie, un acte de connaissance de la norme supérieure que constitue la loi (cf. *supra* n°38).

386. Les exceptions à l'application par la Cour de cassation du cadre prédéterminé par l'avocat du demandeur - Ce n'est donc qu'en de rares occasions que la Cour de cassation sort du cadre prédéfini par le pourvoi. Elle recouvre alors sa pleine liberté d'interprète en usant de techniques, comme le relevé d'office, la substitution de motifs ou encore l'*obiter dictum*, qu'elle s'est arrogée au fil du temps pour modifier ou clarifier sa jurisprudence. Ces pratiques de redéfinition ou de dépassement du cadre sont ainsi souvent à l'origine d'instabilité et d'innovations jurisprudentielles. Ainsi, on peut dire que la cohérence jurisprudentielle repose pour une large part sur l'existence d'un cadre défini par le pourvoi, qui véhicule les solutions issues de la jurisprudence antérieure, et qui est appliqué de façon quasi-systématique par la Cour de cassation.

387. Prospective¹²²⁸ - Si le cadre prédéfini par le pourvoi neutralise donc le pouvoir créateur de la juridiction, on peut tenter d'imaginer des solutions permettant aux parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, de limiter les possibilités pour la Cour de cassation de s'émanciper de ce cadre. Concernant l'*obiter dictum*, nous ne voyons aucune proposition pertinente à faire dans la mesure où son usage est inattendu et sans effet sur les prétentions des parties. En revanche, l'usage des techniques de substitution peut être limité.

Avant que l'arrêt ne soit rendu, il existe déjà et comme nous l'avons vu, le principe de contradiction auquel la Cour de cassation se soumet désormais lorsqu'elle procède à une substitution de motifs ou de moyens. Néanmoins, il existe une situation dans laquelle la Cour de cassation prononce une cassation, sur la base d'un raisonnement extérieur aux moyens du demandeur, sans même se donner la peine de procéder au relevé d'office. Or, de cette situation, il résulte souvent une innovation jurisprudentielle qui dépasse de manière trop inaperçue le cadre des moyens de cassation, puisque l'avocat du demandeur, obtenant satisfaction, n'a aucune raison de s'en plaindre et parce que, étant dissimulée, cette pratique ne peut qu'échapper à la contradiction. Pour remédier à cette situation, toutes les décisions projetées pourraient faire l'objet d'un débat contradictoire, et non seulement celles qui contiennent un moyen relevé d'office ou une substitution de motifs. Serge Guinchard a imaginé une telle solution en estimant que, sur le modèle belge et suisse, « *on pourrait*

¹²²⁸ Dans ces développements prospectifs, nous abandonnons notre posture descriptive, pour recommander (à l'image de la dogmatique doctrinale) des solutions qui n'existent pas, nous faisons des « *propositions subjectives de normes* », sur cette notion cf. *supra* n°157 et s. ; cf. égal. *supra* n°25 : conformément au tableau réalisé dans l'introduction, notre discours est un discours de niveau 4 portant sur les discours de niveau 3.

*envisager, après délibération et adoption d'une position par la chambre concernée, de soumettre le projet d'arrêt à la critique des parties et de leurs avocats »*¹²²⁹.

Mais cette généralisation du principe de la contradiction n'empêchera pas la Cour de cassation d'adopter *in fine* la solution de son choix, fût-elle le fruit d'une substitution de moyens déguisée. Pour plus d'efficacité, on pourrait alors imaginer que la procédure de rabat d'arrêt qui a déjà permis aux avocats aux Conseils de faire observer par la Cour de cassation le cadre de sa saisine, soit étendue à l'hypothèse dans laquelle la Cour de cassation s'éloigne du cadre fixé par les moyens de cassation, sans recourir au relevé d'office. Cela permettrait non seulement à la communauté des juristes de mesurer l'ampleur réelle du mécanisme de substitution, puisque les substitutions de moyens dissimulées seraient enfin dénoncées, mais cela aurait également pour effet de dissuader la Cour de cassation d'en faire usage à l'avenir. Cela dit, on ne peut pas s'empêcher de penser qu'il s'agit là simplement de remèdes consistant à retirer une parcelle de pouvoir à la Cour de cassation, pour l'attribuer à l'avocat aux Conseils qui, en dépit de sa qualité d'officier ministériel, reste guidé par des préoccupations partisans. La question de la légitimité à disposer d'un pouvoir dont les conséquences concernent l'ensemble des justiciables reste donc entière.

*
* *

¹²²⁹ S. Guinchard, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, Éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 777.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

388. Une explication de la cohérence jurisprudentielle - Dès lors que l'on retient, conformément à une ontologie réaliste du droit, que les textes de lois sont dépourvus de significations objectives qui s'imposeraient au juge, et qu'au contraire, c'est la Cour de cassation, en qualité d'interprète authentique qui attribue librement à ces textes des significations s'imposant dans le système juridique, il faut encore expliquer pourquoi la jurisprudence de la Haute juridiction est généralement harmonieuse. Si en effet, la Cour de cassation agit selon sa volonté lorsqu'elle interprète les lois, la cohérence d'ensemble de son œuvre décisionnelle pourrait *a priori* contrarier les présupposés réalistes puisque cette cohérence, signalent les opposants à la TRI, peut s'expliquer par la force expressive des énoncés législatifs interprétés. En réalité, on peut, sans fragiliser les postulats de la TRI, proposer une autre explication de la cohérence jurisprudentielle. C'est l'objet de la *Théorie des contraintes juridiques*. Ses promoteurs expliquent que la liberté de l'interprète authentique n'exclut pas la contrainte. Autrement dit, même si elle est libre, la Cour de cassation est rationnelle, ce qui la conduit à se soumettre à un ensemble de contraintes produites par les acteurs du système juridique afin de conserver son pouvoir institutionnel. Or, parmi ces acteurs, l'avocat aux Conseils, lorsqu'il vient aux droits du demandeur au pourvoi, tient un discours qui est systématiquement et directement adressé à la Cour de cassation. C'est pourquoi il apparaît opportun de se demander si ce discours ne crée pas des situations de fait qui viennent limiter la liberté décisionnelle de la juridiction, et qui expliquent conséquemment la cohérence de la jurisprudence. Cette étude a été fructueuse car elle révèle que le discours de l'avocat du demandeur au pourvoi est à l'origine d'un cadre qui limite les possibilités de choix de la Cour de cassation, qui relaie des interprétations construites à partir de la jurisprudence antérieure et qui est la plupart du temps appliqué par la Haute juridiction.

389. Le recours en cassation élaboré par l'avocat aux Conseils, à l'origine d'un cadre limitant les possibilités d'innovation jurisprudentielle - Lorsqu'un justiciable veut former un pourvoi en cassation, il mandate un avocat qui se charge de sa défense. Une fois qu'il accepte d'instruire le pourvoi, le mandataire va d'abord sélectionner, dans la décision qu'il entend contester, les dispositions à verser au débat de cassation. Ce faisant, il choisit les questions juridiques qui seront posées à la Haute juridiction. Il élabore ensuite des moyens de cassation qui contiennent sous peine d'irrecevabilité, l'interprétation de l'énoncé législatif

retenue par les juges du fond sur la question juridique relayée par le recours ainsi que la proposition d'une interprétation concurrente déterminée par ses soins. Autrement dit, tout moyen de cassation relaie deux solutions juridiques concurrentes à propos d'un même problème de droit. Ces solutions, fruit d'une interprétation textuelle, ont été dégagées à la suite d'un acte de volonté. Ainsi, le pourvoi est à l'origine d'un cadre subjectivement déterminé par l'avocat du demandeur et qui renferme un nombre limité d'interprétations législatives.

Ces interprétations, produites par les juges du fond et les avocats du demandeur en cassation, présentent une qualité récurrente qui s'explique par la rationalité de leurs auteurs : elles sont construites à partir de la jurisprudence antérieure. L'étude des décisions des juges du fond témoigne en effet de leur souci régulier de construire leur motivation à partir des précédents de la Cour de cassation. Ce souci s'explique par la *contrainte hiérarchique* qui existe entre les juridictions inférieures et les Cours souveraines, ces dernières disposant toujours du pouvoir d'imposer leurs interprétations au sein de l'ordre judiciaire. L'interprétation concurrente proposée par l'avocat aux Conseils est également en principe construite à partir de la jurisprudence antérieure de la Haute juridiction. Rationnel, le mandataire a tout intérêt à recommander une interprétation inspirée des précédents de son interlocuteur afin de contraindre le juge suprême à la constance, c'est la *contrainte de cohérence*.

Ainsi, la rationalité des acteurs ayant déterminé les interprétations législatives relayées par le pourvoi favorise une circularité de la jurisprudence. Mais encore faut-il que la Cour de cassation, évoluant *a priori* dans un contexte de liberté totale, soit effectivement contrainte d'appliquer ce cadre favorisant la cohérence.

390. Le recours en cassation élaboré par l'avocat aux conseils, à l'origine d'un cadre contraignant pour la Cour de cassation - Une constante se dégage de l'étude empirique des décisions de la Cour de cassation : celles-ci s'inscrivent la plupart du temps dans le cadre prédéterminé par l'auteur du pourvoi. Autrement dit, la Cour de cassation ne jouit pas d'une liberté totale d'interprétation mais se contente généralement de retenir l'interprétation législative retenue par les juges du fond (arrêt de rejet) ou l'interprétation législative recommandée par l'avocat du demandeur (arrêt de cassation). Ce choix binaire résulte d'une contrainte que l'on peut qualifier de *contrainte de justification*. Dans la mesure où la Cour de cassation souhaite préserver son pouvoir institutionnel, elle ne peut, sans risquer de dévoiler le grand pouvoir dont elle dispose réellement, attribuer trop fréquemment à la loi interprétée

une signification à laquelle ni les juges du fond, ni l'avocat de l'auteur du pourvoi n'avaient pensée.

Certes, il lui arrive de ne pas appliquer le cadre prédéterminé par le recours en cassation, en recourant à des méthodes qui lui permettent d'ailleurs de modifier et de renouveler ses positionnements jurisprudentiels. Elle peut en effet substituer aux interprétations relayées par le pourvoi sa propre interprétation (substitution de moyens ou de motifs) ou répondre à une question qui ne lui était pas posée par l'auteur du pourvoi (*obiter dictum*). Mais elle use avec parcimonie de ces techniques puisqu'elles sont révélatrices de son pouvoir, pouvoir qu'elle entend sauvegarder.

En somme, c'est parce que les juges du fond, les avocats aux Conseils et la Cour de cassation se comportent tous en *homo juridicus* que la jurisprudence est généralement cohérente.

TITRE 2. UN DISCOURS ORIENTANT LE SENS DE LA DÉCISION

391. Bien souvent, les commentateurs de la jurisprudence de la Cour de cassation se concentrent sur les solutions retenues et sur leurs répercussions en droit positif. Rares sont ceux qui remontent le fil de la procédure en analysant les liens entre le contenu des arrêts et l'argumentation de l'avocat du demandeur¹²³⁰. L'intérêt des prochains développements réside justement dans le dévoilement de l'action exercée par la solution recommandée dans le pourvoi sur celle finalement adoptée par la Cour de cassation. Cette recherche ne saurait se confondre avec celle du titre précédent, puisqu'il ne s'agit plus d'étudier comment la solution prescrite et la solution critiquée par l'avocat fixent un cadre à l'intérieur duquel l'interprétation de la Cour de cassation a de grandes probabilités de se trouver, mais de se concentrer exclusivement sur la solution préconisée par l'avocat et sa portée sur le contenu de la décision à venir. Or, dans la mesure où la Cour de cassation est toujours libre de rejeter le pourvoi, la portée de la solution recommandée par le représentant n'emporte, en tant que telle, aucun effet contraignant. Cette solution ne peut donc qu'influencer la Cour de cassation et c'est seulement cette influence que nous étudierons.

Cette étude se trouve confrontée à un obstacle de taille : le secret du délibéré qui empêche de savoir ce qui a précisément convaincu les magistrats d'opter pour telle ou telle solution. Lorsque la Cour de cassation rend un arrêt de cassation sur la base d'un moyen soulevé dans le pourvoi, elle a en effet pu être influencée par d'autres facteurs qu'il est impossible d'identifier sans assister au délibéré¹²³¹. La prudence est donc de mise. Elle invite à composer avec ce qui se donne à voir, c'est-à-dire les liens entre les moyens proposés par l'avocat et la décision finale de la Cour de cassation, en appréhendant les premiers comme une simple source d'explication de la seconde. Plus précisément encore, l'enjeu est d'identifier, à partir d'une étude empirique d'un nombre conséquent de pourvois, des constantes dans l'activité interprétative de l'avocat du demandeur.

392. En prescrivant le choix d'une solution plutôt qu'une autre, le professionnel cherche toujours à attirer la décision de la Haute juridiction dans un sens favorable à son client.

¹²³⁰ Le moyen est ici envisagé *stricto sensu* comme la solution recommandée par l'avocat, sur ce point *supra* n°280.

¹²³¹ Sur ce point v. not. J-F. Burgelin, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001, p. 2755 et s. L'auteur défend une conception plus souple du secret du délibéré devant les chambres civiles de la Cour de cassation, en permettant notamment aux avocats aux Conseils, également tenus professionnellement au secret, d'assister au délibéré.

Or, derrière cette activité prescriptive, deux tendances apparaissent nettement. Quel que soit le pourvoi envisagé, il apparaît en effet que chacun des moyens présentés à la Haute juridiction est susceptible d'orienter la solution du litige vers deux trajectoires opposées : la *continuité* ou la *nouveauté*¹²³². Conformément à l'intérêt de son client, le représentant est généralement amené à défendre une interprétation construite à partir d'une solution antérieure afin de maximiser ses chances de succès, son discours invite alors la Cour de cassation à la continuité, le contenu de sa décision étant attiré vers celui d'une solution antérieure (**Chapitre 1**). Parfois en revanche, l'avocat est amené à défendre, en l'absence de jurisprudence antérieure profitable, une solution novatrice. Le contenu de la décision de la Cour de cassation se trouve alors exceptionnellement attiré vers celui d'une solution nouvelle (**Chapitre 2**).

¹²³² Il se peut également que le moyen, présenté dans un mémoire distinct, pose à la Cour de cassation une question préjudicielle ou une question prioritaire de constitutionnalité car ces questions peuvent être posées à toute hauteur de procédure. Dans ce cas, la Cour de cassation assume un rôle de filtre et renvoie, lorsqu'elle l'estime nécessaire, la question devant la Cour de Justice de l'Union Européenne ou le Conseil constitutionnel. Cette hypothèse est exclue du champ de l'étude.

CHAPITRE 1 : L'ORIENTATION DE LA DÉCISION VERS UNE SOLUTION ANTÉRIEURE

393. Comme le signale Jacques Ghestin, les moyens en cassation reprennent « *chaque fois que cela est possible, des formules empruntées à de précédents arrêts de la Cour de cassation* »¹²³³. La Haute juridiction se voit alors opposer une argumentation construite à partir de ses propres interprétations¹²³⁴. Si cette pratique est très fréquente, elle n'est pas aussi manifeste qu'on pourrait le croire. Justifié par l'intérêt qu'il représente pour le succès de la prétention soutenue, le rappel d'une solution antérieurement admise est généralement implicite et mérite à ce titre une attention particulière (**Section 1**). Il n'engage évidemment pas la Cour de cassation qui est libre de retenir ou d'écarter le moyen se référant à la jurisprudence antérieure. Cela dit et en tout état de cause, le rappel d'un précédent¹²³⁵ emporte des conséquences qui dépassent les préoccupations partisans, et sur lesquelles il convient de s'appesantir (**Section 2**).

Section 1. Le rappel d'une solution antérieurement admise par la Cour de cassation

394. « *Dans la communication judiciaire qui va des parties vers leur juge, le précédent (c'est-à-dire la prise en compte signifiante d'une histoire judiciaire commune marquée par l'écoulement linéaire du temps), est omniprésent et le rôle de l'avocat sera d'inciter le juge à reprendre les pas du raisonnement juridictionnel qui a été déjà retenu pour aboutir à une nouvelle solution* »¹²³⁶. Les développements à suivre vont justement permettre de comprendre comment et pourquoi la jurisprudence antérieure est mobilisée dans les moyens de cassation. Ils supposent de préciser les modalités (§1) et les objectifs de cette mobilisation (§2).

¹²³³ J. Ghestin, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, Chron., p. 2241.

¹²³⁴ Certes, il arrive également que les avocats aux Conseils se réfèrent à des précédents émanant d'autres juridictions, mais cette pratique, statistiquement marginale par rapport à la première, ne se justifie pas toujours par la volonté d'attirer le contenu de la décision à venir vers celui de la décision rappelée. Elle ne sera pas étudiée dans cette étude même si nous concédons qu'il serait intéressant d'analyser les réactions de la Haute juridiction lorsqu'on lui oppose la jurisprudence des autres Cours souveraines.

¹²³⁵ Le terme de précédent est ici utilisé sans rapport avec sa signification dans le système de *Common Law*. Il se définit simple comme un antécédent jurisprudentiel, « *une décision antérieure prise pour référence* », G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Précédent.

¹²³⁶ L.-X. Simonel, « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1999, p. 1990.

§1. Les modalités du rappel

395. Contrairement aux motifs adoptés par la juridiction du fond¹²³⁷, les moyens soulevés par l'avocat ne contiennent que très rarement la référence de la décision rappelée¹²³⁸. L'une des explications de cette absence est à rechercher dans la tradition de notre système juridique qui refuse encore d'identifier dans une décision, fût-elle rendue par la Cour de cassation, une norme juridique autonome¹²³⁹. En conséquence, « *le juge français doit disparaître du temps, être a-temporel en se projetant, à l'occasion de chaque espèce, dans un univers clos, n'existant qu'en soi, sans aucune temporalité. (...) Si le juge français croit devoir trouver (...) dans ses propres précédents, la source de la décision à rendre, alors il doit faire preuve d'une discrétion totale* »¹²⁴⁰. Cette conception du rôle juridictionnel rejaillit sur les qualités attendues d'un moyen de cassation. Afin d'échapper au grief d'irrecevabilité, celui-ci doit effectivement viser le texte de loi ou le principe prétendument violé par la décision critiquée¹²⁴¹ et ne peut se fonder uniquement sur « la violation de la jurisprudence »¹²⁴². Cette double exigence se traduit généralement par une référence implicite à la jurisprudence antérieure (A), même si certains moyens s'autorisent parfois à la viser expressément (B).

¹²³⁷ Les juridictions du fond se réfèrent régulièrement aux décisions antérieures en les citant sans ambages, cf. *supra* n°344.

¹²³⁸ Il faut préciser que les moyens sont parfois accompagnés dans le mémoire, d'une discussion qui expose les éléments jurisprudentiels au soutien du pourvoi. Mais cette discussion, dont l'accès est limité aux acteurs de la cassation, est facultative et ne saisit pas la Cour de cassation, seuls les moyens la saisissent.

¹²³⁹ Par opposition au système de la *Common law* qui reconnaît le précédent. V. sur ce point : R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, France, Dalloz, 2002, p. 246 et s. ; Al Goodhart, « Le précédent en droit anglais et continental », *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit*, 1934, p. 37 et s. ; J. Blondel, « La Common Law et le droit civil », *RIDC*, vol. 3, 1951, p. 585 et s.

¹²⁴⁰ V. égal. à ce propos l'étude d'Évelyne Serverin qui démontre que la Cour de cassation transforme les données d'un litige en particulier en jurisprudence, par l'objectivation de son travail interprétatif : É. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique*, Thèse, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985, p. 390 : « *la jurisprudence se trouve amenée à produire d'elle-même une image de neutralité et de rigueur (...)* ». Il faut toutefois préciser, qu'exceptionnellement, dans les procédures avec renvoi devant l'Assemblée plénière, les moyens au pourvoi et l'arrêt rendu par la formation spéciale peuvent se référer à la doctrine de la Cour de cassation, c'est-à-dire à la solution formulée dans le premier arrêt de cassation. Sur cette pratique, v. N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD civ.*, 2003 p. 567 et s., cf. égal. *supra* n°217 et *infra* n°401.

¹²⁴¹ Civ. 1^{ère}, 17 juil. 1996, n°92-19.017, *Bull. civ. I*, n°323 : « Attendu que le moyen, qui se borne à alléguer que la décision attaquée manque de base légale sans préciser au regard de quel texte, ne répond pas aux exigences de l'article 978, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile et doit être déclaré irrecevable », cf. *supra* n°296.

¹²⁴² V. Req., 21 déc. 1891, *DP* 1892, I, p. 543 et Soc., 17 mai 1958, *Bull. civ. V*, n°595. On notera toutefois l'ancienneté de ces décisions et l'absence totale d'évolution sur ce point.

A. Un rappel généralement implicite

396. Hypothèses - Lorsque le précédent est remémoré à la Cour de cassation de manière implicite, il se manifeste soit comme l'une des significations de la législation prétendument violée par les juges du fond, soit au contraire comme la contrariant.

397. La solution incorporée à la législation fondant la cassation - Puisque tout moyen doit être fondé sur la violation d'une loi ou d'un principe, le moyen tirant argument d'une solution antérieure n'échappe pas à cette règle. Le précédent est en effet généralement présenté comme s'il faisait partie intégrante de la règle législative visée par le moyen. En d'autres termes, à la lecture des moyens concernés, tout porte à croire que les solutions extraites de la jurisprudence antérieure sont de nature législative puisque leur origine jurisprudentielle est passée sous silence¹²⁴³. Cette pratique présente un intérêt indéniable en ce qu'elle confère à la solution rappelée une légitimité qu'elle ne serait pas certaine d'obtenir à défaut. Prenons deux exemples.

Suite aux arrêts très remarquables de l'Assemblée plénière en date du 1^{er} décembre 1995 par lesquels la Cour de cassation a décidé, sur le fondement des articles 1709 et 1710, 1134 et 1135 du Code civil que « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation »¹²⁴⁴, cette solution a été reprise, dans les mêmes termes, plus d'une dizaine de fois par les avocats aux Conseils au soutien de leurs pourvois entre 1997 et 2012¹²⁴⁵. Or, dans tous les moyens véhiculant cette solution, aucune référence à la décision de 1995 n'est observée. La règle jurisprudentielle est simplement énoncée *in extenso*, puis des fondements légaux, considérés comme violés par la cour d'appel, lui sont attribués. Ces fondements sont d'ailleurs identiques à ceux visés par la Cour de la

¹²⁴³ Sur ce point, v. not. J.-L. Bergel, « Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques », *RRJ* 1993, p. 1055 et s.

¹²⁴⁴ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.999, n°91-19.653, n°91-15.578, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, 12^e éd., Dalloz, 2008, n°152-155 ; *D.* 1996, Jur. p. 13, concl. Jeol, note L. Aynès ; *JCP* 1996, II, 22565, note J. Ghestin ; *LPA*, 27 déc. 1995, note D. Bureau et N. Molfessis ; *RTD Civ.*, 1996, p. 153, note J. Mestre.

¹²⁴⁵ Dans l'ordre chronologique : pourvois n°95-21.001, n°96-11.147, n°96-13.295, n°96-11.874, n°95-21.906, n°95-18.278, n°95-18.134, n°96-14.598, n°96-13.294, n°96-10.901, n°97-10.455, n°11-12.949.

Cassation en 1995¹²⁴⁶. La solution jurisprudentielle est en conséquence incorporée à ces dispositions législatives.

De la même manière, à la suite de l'arrêt du 10 juillet 2007 par lequel la Chambre commerciale a affirmé sur le fondement des articles 1134 alinéas 1 et 3 du code civil que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹²⁴⁷, cette solution a été implicitement mobilisée par les avocats vingt-huit fois¹²⁴⁸. La formule est reprise intégralement par ces derniers qui invoquent à l'encontre de la cour d'appel, soit une violation de l'article 1134 du Code civil¹²⁴⁹, soit une violation de la disposition pour fausse application (de l'alinéa 3) ou pour refus d'application (de l'alinéa 1^{er})¹²⁵⁰. Présentée ainsi, la solution devient une des significations que renferme l'article 1134 du Code civil et gagne ainsi en force persuasive.

398. La solution combattue par la règle fondant la cassation - À l'inverse, mais beaucoup plus rarement, la solution, qui est implicitement rappelée, peut être considérée comme contraire à la législation invoquée. C'est plus précisément l'application de la solution

¹²⁴⁶ V. par ex. le moyen unique du pourvoi n°95-18.134 : « *Alors que, lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation (...), la Cour d'appel a violé les articles 1709 et 1710, ensemble les articles 1134 et 1135 du Code civil* ».

¹²⁴⁷ Com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ. IV*, n°188 ; *grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, par H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, 12^e éd., Dalloz, 2008, n°64, *D.* 2007, p. 2844, note P.-Y. Gautier, et p. 2839, note Ph. Stoffel-Munck ; Dr et patr. 2007, n°162, p. 94, obs. Ph. Stoffel ; RDC 2007, p. 1107, obs. L. Aynès et p. 1110, obs. D. Mazeaud ; JCP G. 2007, p. 2394, obs. D. Mainguy, J-L Respaud.

¹²⁴⁸ Pourvois n°08-16.501, n°08-17.325, n°08-14.254, n°08-15.953, n°09-68.654, n°09-13.299, n°10-25.799, n°10-20.179, n°11-14.174, n°11-15.210, n°11-15.409, n°11-20.080, n°11-20.652, n°12-12.146, n°12-12.844, n°12-12.849, n°12-12.851, n°12-12.367, n°12-12.376, n°12-12.151, n°12-12.308, n°11-27.904, n°13-10.560, n°13-19.497, n°13-22.050, n°13-21.086, n°12-25.419 et n° 13-22.684.

¹²⁴⁹ V. par ex. la 4^{ème} branche du moyen unique au soutien du pourvoi n°08-15.953 : « *Alors, enfin, que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ; qu'en l'espèce, en prenant prétexte d'une absence d'avertissement dans l'exercice de la faculté de résiliation unilatérale du découvert en compte pour priver la société générale du droit d'obtenir le remboursement d'une créance demeurée impayée, la Cour a porté atteinte à la substance même des droits de la société générale en violation de l'article 1134 du Code Civil* ».

¹²⁵⁰ V. par ex. le moyen unique du pourvoi n°08-16.501 : « *Alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, de sorte qu'en condamnant la société Aviva vie à restituer les supports tels qu'ils figuraient sur la liste des supports annexée au contrat du 11 avril 1997 par une disposition revenant à frapper de nullité la clause des conditions générales de ce contrat autorisant la société Aviva vie à modifier la liste et le nombre des supports, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil et, par refus d'application, l'alinéa 1^{er} de ce même article* ».

au litige qui est en cause. L'hypothèse se rencontre fréquemment lorsque les moyens réfutent l'application rétroactive d'un arrêt de la Cour de cassation en invoquant le principe de sécurité juridique et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Par exemple, sans faire référence à la solution de l'arrêt dont l'application est contestée, le moyen reproche simplement à la cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité du médecin pour manquement à l'obligation d'information alors que celui-ci « *n'était pas en 1974 contractuellement tenu de donner des renseignements complets sur les complications afférentes aux investigations et soins proposés* »¹²⁵¹.

Qu'elle s'oppose ou qu'elle s'associe au fondement visé dans le moyen, la solution est généralement rappelée de manière implicite, même si on observe parfois une référence plus assumée à la jurisprudence antérieure.

B. Le rappel occasionnellement explicite

399. Hypothèses - Si les moyens en cassation se réfèrent la plupart du temps implicitement à la jurisprudence antérieure, ils peuvent, plus exceptionnellement, indiquer explicitement les références de la solution antérieure mobilisée ou signaler *a minima*, son origine jurisprudentielle. Ainsi et contrairement à l'hypothèse précédente, la solution préconisée par l'avocat est ici clairement dissociée du texte sur la base duquel elle a été rendue.

400. Le rappel de solutions identifiées - Dans le premier cas de figure, le précédent rappelé est accompagné d'éléments permettant son identification (sa date, le numéro du pourvoi, la référence de publication au bulletin de la Cour de cassation). Par exemple, dans ce moyen, l'avocat rappelle que « *Selon la Cour de cassation, un enfant naturel est en droit de faire annuler le changement de régime matrimonial de son père dès lors que sa demande est fondée sur une fraude ayant consisté à dissimuler son existence, (Civ. Ire, 14 janvier 1997, Bull. n° 20 ; ...) jurisprudence toujours confirmée depuis (Civ. Ire, 25 juin 2002, n° pourvoi 00-55119.)* »¹²⁵². De la même façon, un moyen peut soutenir que « *le principe du procès équitable et celui de la sécurité juridique s'opposent à l'application immédiate de la jurisprudence résultant des arrêts du 10 juillet 2002 (Bull. n° 239)* »¹²⁵³ ou encore « *qu'en*

¹²⁵¹ 3^{ème} branche du moyen unique au soutien du pourvoi n°00-14.564.

¹²⁵² Moyen unique du pourvoi n°08-14.441 (Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2010, *Bull. civ. I*, n°264).

¹²⁵³ Moyen unique du pourvoi incident n°02-46.114 (Soc., 30 mars 2005).

*faisant rétroactivement application de cette jurisprudence inaugurée en juillet 2002 à un acte conclu en 1996, la cour d'appel a sanctionné les parties pour avoir ignoré une règle dont elles ne pouvaient avoir connaissance, violant ainsi les articles 1, 2 et 1134 du Code civil, ainsi que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme »*¹²⁵⁴.

401. Le rappel de la nature jurisprudentielle de la solution - Dans le second de cas de figure, l'avocat indique que son argumentation s'appuie sur la jurisprudence antérieure sans toutefois identifier les arrêts pertinents. C'est du reste une manière habile de généraliser la solution en la présentant comme communément admise. Par exemple, il a déjà pu être soutenu que « *selon la Cour de cassation, la notion de "jour ouvré" n'implique pas que la journée de travail soit complète du moment que le salarié a travaillé selon l'horaire appliqué dans l'entreprise* »¹²⁵⁵. D'autres formules évasives illustrent cette pratique telle que « *Alors que la jurisprudence de la Cour de cassation...* »¹²⁵⁶, « *Alors que la jurisprudence ...* »¹²⁵⁷, ou encore « *conformément à la doctrine de la Cour de cassation...* »¹²⁵⁸.

Il peut même arriver qu'un pourvoi identifie clairement les arrêts dont il cite les solutions tout en soulignant leur importance. Un pourvoi sur lequel a dû se pencher la deuxième Chambre civile le 8 janvier 2015 en fournit une illustration parfaite¹²⁵⁹. Il ne contient pas moins de dix moyens se référant à huit arrêts de la Cour de cassation clairement identifiés. On notera par ailleurs le soin avec lequel la Cour de cassation a fait disparaître l'ensemble de ces références jurisprudentielles lorsqu'elle a repris les moyens pour y répondre. Quoi qu'il en soit, l'avocat n'hésite pas à signaler, que cinq des arrêts cités¹²⁶⁰ relèvent d'une jurisprudence

¹²⁵⁴ 3^{ème} branche du moyen unique au soutien du pourvoi n°03-40.008 (Soc., 17 déc. 2004, *Bull. civ. V*, n°346).

¹²⁵⁵ Moyen unique du pourvoi n°97-41.646 (Soc., 13 juil. 1999).

¹²⁵⁶ 2^{ème} moyen du pourvoi n°94-44.366 (Soc., 27 juin 1997) : « *alors que la jurisprudence de la Cour de Cassation établit que le refus exprimé dans les jours qui suivent la réintégration fait encourir les sanctions prévues à l'article L. 122-32.7 du Code du travail* ».

¹²⁵⁷ Moyen unique du pourvoi n°97-45.326 (Soc., 5 janv. 2000) : « *alors que la jurisprudence considère au contraire que le fait pour l'employeur d'avoir omis de faire procéder à une visite médicale qui aurait permis de détecter une maladie, entraîne l'obligation de réparer le préjudice subi par le salarié* ».

¹²⁵⁸ Cette formulation, « *doctrine de la Cour de cassation* », se rencontre généralement en cas de second pourvoi en vue de critiquer l'arrêt de la Cour d'appel de renvoi en ce qu'il ne s'est pas conformé à la doctrine de la Cour de cassation, v. par ex : 1^{ère} branche du 1^{er} moyen au pourvoi n°08-21.360 (Civ. 3^{ème}, 17 févr. 2010, *Bull. civ. III*, n°4 : « *qu'en contradiction avec la doctrine de la Cour de cassation énoncée dans l'arrêt rendu dans le même affaire le 24 février 1999 (...)* »); On peut toutefois trouver une telle formulation en dehors de cette procédure particulière, V. par ex. 2^{ème} branche 2^{ème} moyen au soutien du pourvoi n°10-19.279 (Com., 12 juil. 2011): « *que dans ses conclusions d'appel, M. X... avait fait valoir que le tribunal avait jugé à tort prescrite la demande tendant à voir priver la banque des intérêts au taux conventionnel dès lors que conformément à la doctrine de la Cour de cassation, le taux effectif global devait être porté sur des relevés périodiques, reçus par l'emprunteur sans protestation ni réserve (...), la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile* ».

¹²⁵⁹ Pourvoi n°13-27.919 (Civ. 2^{ème}, 8 janv. 2015).

¹²⁶⁰ V. 1^{er} moyen (1^{ère} et 3^{ème} branche), 2^{ème} moyen (3^{ème} branche), 6^{ème} moyen (1^{ère} et 3^{ème} branche), 7^{ème} moyen (1^{ère} et 2^{ème} branche) au pourvoi précité.

constante en affirmant par exemple qu'« *il est de jurisprudence constante de la cour de cassation que n'est pas valable le congé pour vendre qui ne visait pas une cave mise à la disposition de la locataire, que l'offre comprise dans celui-ci ne correspondait pas au locaux loués. Civ. 3^e, 21 juin 2000, Bull. civ. III, n° 121, Pourvoi n° 98-14.043* »¹²⁶¹.

En définitive, cette timidité des avocats aux Conseils qui se traduit par une référence généralement implicite à un précédent de la Cour de cassation, trouve son origine dans le comportement de la Cour de cassation elle-même qui s'interdit, la plupart du temps, de lier expressément la solution à venir avec une de ses solutions antérieures, laissant à la doctrine, le soin de le faire¹²⁶². Il n'empêche qu'en toutes hypothèses, si la Cour de cassation se trouve confrontée à ses positionnements passés, c'est parce que cette confrontation est utile à l'intérêt du client représenté.

§2. Les objectifs du rappel

402. Est-il besoin de rappeler que le moyen de cassation est au service de l'intérêt du client¹²⁶³ ? C'est le client qui est à l'origine de son existence et c'est son intérêt qui en oriente le contenu. Dans cette perspective, l'avocat mobilise tout ce qui sert le succès de la prétention, c'est-à-dire tout ce qui est en mesure de convaincre la Cour de cassation. Or, l'argument tiré de la jurisprudence antérieure constitue un matériau de choix puisque nécessairement au service de l'intérêt du client (A) il permet, au demeurant, d'exploiter une situation contraignante pour la Cour de cassation (B).

A. Exploiter une solution servant l'intérêt du client

403. Intérêt du client et le choix de la solution rappelée - La référence à une décision antérieure s'explique en principe par son intérêt pour le succès de la prétention. Admettons qu'il n'existe aucune solution antérieure confortant la thèse défendue par le demandeur au pourvoi mais seulement une décision d'importance la contrariant. Si l'avocat accepte de se saisir de l'affaire, il n'a alors aucune raison de citer une telle solution sauf si c'est pour plaider

¹²⁶¹ 2^{ème} branche du 9^{ème} moyen du pourvoi précité.

¹²⁶² V. sur ce point : P. Deumier, « Rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 49-76, et spéc. les développements consacrés à la prise en compte par la Cour de cassation « *des interprétations environnantes* », n°16 à 23.

¹²⁶³ Cf. *supra* n°89 et n°226.

sa non rétroactivité au cas d'espèce¹²⁶⁴. Autre est en revanche l'hypothèse, très fréquente, dans laquelle il coexiste dans la jurisprudence antérieure des solutions, qui sans forcément se contredire, entrent au moins en concurrence sur la question débattue en cassation. Dans ce cas, l'avocat choisira toujours celle qui profite à la prétention de son client. Comme l'explique Pierre Hébraud, l'équivocité de la jurisprudence « *détermine au moins un cadre d'incertitude, et ce cadre peut correspondre à une marge de liberté dont les parties peuvent user* »¹²⁶⁵.

Par exemple, lorsqu'en 2012, un avocat invoque un moyen selon lequel « *l'obligation de bonne foi et de loyauté qui doit présider à la conclusion d'une vente immobilière oblige l'acquéreur, informé de l'enclenchement d'une procédure de révision du plan d'occupation des sols et d'un projet de plan local d'urbanisme qui est de nature à conférer une plus-value considérable aux biens mis en vente, à révéler cette donnée capitale pour les vendeurs* »¹²⁶⁶, il privilégie le rappel d'une solution¹²⁶⁷ qui est pourtant fragilisée par une solution postérieure contraire, celle de l'arrêt *Baldus*, selon laquelle l'acheteur n'est pas tenu d'une obligation d'information¹²⁶⁸. Ainsi, l'intérêt du client pousse parfois l'avocat à proposer une solution qui contrarie les derniers positionnements de la Cour. C'est du reste ce qui explique la variété des solutions susceptibles d'être mobilisées.

404. L'intérêt du client et la variété des solutions exploitées - Les décisions qui sont mentionnées dans les moyens de cassation échappent à toute tentative de caractérisation. Dans la mesure où elles servent l'intérêt du client, l'avocat peut mobiliser des solutions très variées sans égard pour leur nature, leur antériorité, leur auteur ou leur publicité.

Si, dans la plupart des cas, les solutions remémorées trouvent leur origine dans des arrêts de la Cour de cassation, elles peuvent également provenir de simples avis¹²⁶⁹. Par ailleurs, la solution rappelée n'est pas forcément antérieure au litige. C'est notamment le cas lorsque l'arrêt cité dans le moyen est celui que la Cour de cassation avait rendu avant un renvoi

¹²⁶⁴ Sur le rapport utilitariste de l'avocat à la jurisprudence antérieure : cf. *supra* n°345, et sur la question de l'application dans le temps de la jurisprudence : cf. *infra* n°427 et s.

¹²⁶⁵ P. Hébraud, « Le juge et sa jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 335.

¹²⁶⁶ Moyen unique du pourvoi n°11-22.180 (Civ. 3^{ème}, 23 oct. 2012).

¹²⁶⁷ V. not. Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n°89-16.975, Bull. civ. III, n°108 : « Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la réticence de la commune à informer la SASM du déclenchement de la révision du POS, qui était de nature à conférer une plus-value aux terrains mis en vente et dont le changement de classement avait été sollicité, ne constituait pas un manquement à la bonne foi, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹²⁶⁸ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, Bull. civ. I, n°131 et de l'arrêt Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n°06-10.442, Bull. civ. III, n°5. Le deuxième arrêt confirme et prolonge la solution de 2000 : « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis ».

¹²⁶⁹ Par ex. : 3^{ème} branche du moyen unique au pourvoi n°08-15.184 (Civ. 2^{ème}, 19 févr. 2009) : l'avocat rappelle que « *selon l'avis de la Cour de Cassation, la loi 2006-1640 du 21 décembre 2006 est immédiatement applicable aux instances en cours* » afin de reprocher à la cour d'appel d'avoir appliqué la législation antérieure.

devant une cour d'appel. L'avocat aux Conseils peut rappeler le premier arrêt de la Cour de cassation pour reprocher aux juges du fond d'avoir méconnu sa doctrine¹²⁷⁰, ou encore, et par exemple, de s'être substitué à la Haute juridiction pour procéder à la rectification d'une erreur matérielle qu'il comportait¹²⁷¹.

De même, la qualité de l'auteur de la décision ne semble pas non plus un critère permettant de faire le départ entre les décisions antérieures qui sont rappelées et celles qui ne le sont pas. S'il s'agit évidemment d'étudier les précédents émanant de la Cour de cassation, il peut provenir de l'une des cinq Chambres civiles¹²⁷² ou d'une Chambre mixte¹²⁷³ ou de l'Assemblée plénière¹²⁷⁴.

Signalons enfin que l'avocat ne se limite pas au rappel des décisions publiées et en particulier dans les litiges connaissant un second renvoi devant la Cour de cassation. Dans cette hypothèse, l'objectif du second pourvoi consiste en effet à reprocher aux juges du fond de ne pas avoir respecté la doctrine de la Cour de cassation, c'est-à-dire la solution retenue dans le premier arrêt de la Haute juridiction, fût-elle inédite¹²⁷⁵. L'arrêt inédit évoqué dans le moyen peut également être antérieur au litige¹²⁷⁶.

405. L'intérêt du client et l'importance de la solution rappelée - En dépit de la variété des solutions rappelées, leur importance constitue indéniablement un élément pris en considération par l'avocat. Encore faut-il déterminer des critères d'identification d'une décision importante. Or, cette opération contient inévitablement une part de subjectivité et

¹²⁷⁰ V. par ex. les pourvois réunis n°13-24.278 et n°13-24.717, et l'extrait de ce moyen : « le juge d'appel s'est abstenu de répondre au moyen pris du rappel de la doctrine de l'arrêt de cassation du 29 février 2012 qui fondait sa saisine ».

¹²⁷¹ V. le pourvoi n°11-27.495, la 2^{ème} branche du 2^{ème} moyen : « les erreurs matérielles entachant un arrêt de la Cour de cassation ne peuvent être réparées que par la Cour de cassation elle-même ; que la Cour d'appel de renvoi ne pouvait énoncer en l'espèce que la Cour de cassation avait commis une erreur matérielle dans le dispositif de son arrêt du 24 juin 2009, en prononçant une cassation totale de l'arrêt du 26 nov. 2007, et dire que la cassation opérée était en réalité seulement partielle, quand seule la Cour de cassation pouvait réparer, le cas échéant, une éventuelle erreur matérielle entachant le dispositif de son arrêt ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel de renvoi a commis un excès de pouvoir, en méconnaissance de l'article 462 du Code de procédure civile ».

¹²⁷² Pour un ex. de la solution d'une chambre civile : Civ., 25 mai 1870, *Bull. civ.* n°1 : « le silence de celui que l'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée », v. le moyen du pourvoi n°77-15.187 (Com., 3 mai 1979) : « Alors, selon le pourvoi, d'une part, que le silence de celui qu'on prétend oblige ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée ».

¹²⁷³ V. par ex. le pourvoi n°09-68.928 (Com., 26 oct. 2010, *Bull. civ.* IV, n°159) dans lequel un moyen reproche à la cour d'appel de ne pas avoir pris en considération « la solution retenue par la Chambre mixte de la Cour de cassation le 18 mai 2007 ».

¹²⁷⁴ Cf. not. *supra* n°397 sur les nombreux rappels de la solution des arrêts du 1^{er} déc. 1995.

¹²⁷⁵ Cf. *supra* note de bas de page n°1271 : les deux arrêts cités à l'occasion du second pourvoi sont inédits.

¹²⁷⁶ V. par ex. la 2^{ème} branche du moyen unique dans le pourvoi n°00-15.119 (Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2010) : l'arrêt cité (Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, n°00-55.119) n'a fait l'objet d'aucune publication.

mène à des résultats différents selon la qualité de celui qui l'entreprend. Ainsi, comme nous venons de le voir, à la différence d'un professeur de droit, ou de la Haute juridiction elle-même, l'avocat évalue l'importance d'une décision à la seule lumière de son utilité pour la prétention de son client. Cela dit, une décision importante présente souvent plusieurs caractéristiques objectives qui ont été identifiées par la doctrine¹²⁷⁷. Selon ces critères, le précédent important est typiquement celui qui est formulé en termes généraux par une formation solennelle de la Cour de cassation, publié et réaffirmé. Ces critères sont évidemment connus des avocats et leur prise en compte dans le choix de la solution mobilisée augmente les chances de succès de la prétention du client.

Comme le souligne Emmanuel Piwnica, lorsqu'il choisit un précédent, l'avocat aux Conseils s'interroge sur son importance: « *Quelle est la formation de jugement qui a rendu la décision (...). L'arrêt a-t-il eu les honneurs d'une publication au bulletin ?* »¹²⁷⁸. L'influence des représentants est en effet plus grande lorsqu'ils se réfèrent « *à une décision univoque rendue, si possible, par la Cour suprême et, mieux encore, par la formation la plus solennelle de cette Cour* »¹²⁷⁹. Aussi existe-t-il des solutions objectivement et subjectivement importantes. Par exemple, lorsque l'avocat rappelle à la Cour sa solution antérieure¹²⁸⁰ selon laquelle « *le transporteur ferroviaire est tenu envers les voyageurs d'une obligation de sécurité de résultat de les conduire sains et saufs à destination* »¹²⁸¹, cette solution est tout à la fois utile à la prétention du client et importante d'un point de vue objectif.

406. La responsabilité de l'avocat et l'importance de la solution - Le rappel d'une solution importante permet également à l'avocat d'échapper à une action en responsabilité pour manquement au devoir de compétence. Bien sûr, il n'est pas tenu de citer une solution importante qui contrarierait l'intérêt de son client, mais dès lors qu'elle lui profite, il est tenu de la rappeler à la juridiction. Cette solution a été affirmée avec force en 2009 à propos d'un

¹²⁷⁷ V. not. Rép. Civ., *Jurisprudence, par L. Bach, n°241 à 265 ; A. Lacabarats, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889 et s. ; P. Deumier, « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.*, 2006, p. 521 et s. ; N. Molfessis, « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD Civ.*, 2003, p. 567 et s. ; R. Libchaber, « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD Civ.*, 2002, p. 604 et s. ; J. Voulet, « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1970, p. 2305 ; T. Sauvel, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, p. 93 et s.

¹²⁷⁸ E. Piwnica, « A propos des divergences de jurisprudence en matière civile », in *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 296.

¹²⁷⁹ L.-X. Simonel, « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1999, p. 1990 et s., n°23.

¹²⁸⁰ Solution qui n'a jamais été démentie depuis sa formulation dans les arrêts Civ., 21 nov. 1911 ; 27 janv. et 21 avril 1913, *D.* 1913. I. 249 (le transporteur à l'obligation de conduire « *le voyageur sain et sauf à destination* ») a qui été érigée au rang des grands arrêts, V. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n°276.

¹²⁸¹ 1^{ère} branche du moyen unique, pourvoi n°10-15.811 (Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, *Bull. civ.* I, n°123).

avocat qui n'avait pas demandé le bénéfice d'une évolution jurisprudentielle acquise, et plus précisément de la jurisprudence *Costedoat*¹²⁸². La Cour de cassation a décidé que l'avocat « se doit de faire valoir une évolution jurisprudentielle acquise dont la transposition ou l'extension à la cause dont il a la charge a des chances sérieuses de la faire prospérer »¹²⁸³. Cette solution, posée à propos des avocats à la cour, vaut également pour les avocats aux Conseils. Un client a déjà reproché à la société d'avocats aux Conseils qui le représentait « d'avoir commis une faute en refusant d'invoquer le moyen (...) tiré de la nullité de la clause de non-concurrence faute de contrepartie financière » en ce que « ce moyen aurait abouti à la censure de l'arrêt du 16 avril 2002 et lui aurait permis d'obtenir des dommages-intérêts »¹²⁸⁴. Si la responsabilité des professionnels n'a pas été engagée car le moyen désiré était irrecevable en raison de sa nouveauté, l'arrêt témoigne de la possibilité pour un client mécontent d'engager la responsabilité de son avocat aux Conseils qui aurait négligé de présenter un moyen tiré du bénéfice d'une solution antérieure d'importance.

B. Exploiter une situation contraignante pour la Cour de cassation

407. Contrainte de cohérence - Comme nous l'avons déjà mis en évidence, la Cour de cassation est contrainte d'inscrire ses décisions dans un ensemble harmonieux et cohérent¹²⁸⁵. Ainsi, lorsque, dans son discours, l'avocat véhicule une solution issue de la jurisprudence antérieure, qui plus est importante, notamment parce qu'elle a été publiée et rendue par une formation solennelle, il exploite une contrainte qui pousse la Cour de cassation à se montrer cohérente vis-à-vis de ses positions antérieures.

408. Origine de la contrainte de cohérence - Bien qu'il influence le contenu de la décision, l'avocat n'est pas ici l'auteur de la contrainte de cohérence. Comme l'explique, Christophe Grzegorzczuk, « l'intervention de la volonté d'une autre personne »¹²⁸⁶ provenant « de l'environnement dans lequel l'agent [la Cour de cassation] est amené à prendre ses

¹²⁸² Ass. plén., 25 févr. 2000, n°97-17.378, n°97-20.152, *Bull. Ass. plén.*, n°2 : « Vu les articles 1382 et 1384, alinéa 5, du Code civil ; Attendu que n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ».

¹²⁸³ Civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n°08-15.899, *Bull. civ. I*, n°92.

¹²⁸⁴ Soc., 7 mars 2012, n°10-30.835.

¹²⁸⁵ Cf. *supra* n°347.

¹²⁸⁶ Ch. Grzegorzczuk, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai d'une reconstruction conceptuelle », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 36.

décisions »¹²⁸⁷ ne peut constituer une contrainte externe que si elle est « à l'origine d'une situation objective qui place cet agent face à un à choix de plusieurs actions possibles »¹²⁸⁸. Or, lorsque l'avocat rappelle à la Cour de cassation une solution antérieure, il ne crée pas de situation contraignante, il exploite une situation contraignante -l'existence d'une solution antérieure - qui lui préexiste. En d'autres termes, le moyen ne crée ici aucune contrainte, il est seulement une voie de transmission des contraintes existantes. La contrainte est en réalité produite « par des normes qui émanent de l'acteur lui-même »¹²⁸⁹, en ce que les juridictions, telles que la Cour de cassation, sont « contraintes par leur propre jurisprudence »¹²⁹⁰. Elle est en conséquence interne à l'agent en ce sens qu'en qualité d'*homo juridicus*, la Cour de cassation s'impose le respect des interprétations issues de sa jurisprudence antérieure.

409. Efficacité de la contrainte de cohérence - Du point de vue de ses effets, la contrainte produit une situation de fait qui pousse la Cour de cassation sinon à réaffirmer la solution antérieure, au moins à la prendre en considération pour formuler sa propre solution¹²⁹¹. Son efficacité semble dépendre de l'importance de la solution. Plus la solution antérieure est importante, plus pour la Cour de cassation se sent contrainte de la respecter. À l'évidence, l'incohérence de la Cour de cassation sera plus visible, et ainsi plus critiquable, lorsqu'elle écarte la solution d'un arrêt qu'elle a largement diffusé rendu en formation solennelle (Assemblée plénière, Chambre mixte) que celle d'un arrêt inédit ou isolé rendu par l'une de ses chambres civiles. Dans cette perspective, l'avocat a un intérêt considérable à exploiter l'influence des arrêts importants pour en obtenir l'application à l'espèce. Puisque les exemples de cette situation ont déjà été étudiés¹²⁹², nous n'en présenterons qu'un. À la question de savoir quelle était la nature de l'action directe dans les groupes de contrats non translatifs de propriété, la troisième Chambre civile a répondu à l'occasion de plusieurs arrêts,

¹²⁸⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 37.

¹²⁸⁹ v. la *Classification des contraintes en fonction de leur origine*, M. Troper et V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in *op. cit.*, p. 22.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ Sur les conséquences pratiques de cette réutilisation, cf. *infra* n°411 et s.

¹²⁹² Cf. *supra* n°345.

que cette action était délictuelle¹²⁹³. Ce faisant, elle refusait de rejoindre la position inverse adoptée par la première Chambre civile quelques mois auparavant¹²⁹⁴. Afin de mettre un terme à ces divergences, l'Assemblée plénière s'est prononcée en faveur de la solution de la troisième Chambre civile¹²⁹⁵. La solution de cet arrêt rendu par une formation solennelle a alors été exploitée par un avocat¹²⁹⁶ pour en obtenir l'application au bénéfice de son client, incitant dans le même temps la première Chambre civile à modifier sa position¹²⁹⁷.

¹²⁹³ V. par ex. Civ. 3^{ème}, 22 juin 1988, n°86-16.263, *Bull. civ.* III, n°115 : « Mais attendu, d'une part, que l'obligation de résultat d'exécuter des travaux exempts de vices, à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal, a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels existant entre eux et ne peut être invoquée par le maître de l'ouvrage, qui est étranger à la convention de sous-traitance » ; Civ. 3^{ème}, 31 oct. 1989, n°86-14.466, *Bull. civ.* III, n°199 : « Mais attendu qu'ayant relevé que les actions récursoires trouvaient leur source dans des dommages causés à des tiers aux contrats liant la SCI aux constructeurs, la cour d'appel a, à juste titre, pour statuer sur ces recours, fait application des règles de la responsabilité quasi-délictuelle ».

¹²⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, n°86-18.182, *Bull. civ.* I, n°69, confirmée par Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n°85-12.609, *Bull. civ.* I, n°202 : « Attendu que, dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrat entre eux ».

¹²⁹⁵ Ass. plén., 12 juin 1991, n°90-13.602, *Bull. Ass. plén.*, n°5 : « Vu l'article 1165 du Code civil ; Attendu que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage ».

¹²⁹⁶ V. le moyen unique présenté dans le pourvoi n°91-10.162 : « Alors que l'obligation de résultat d'exécuter des travaux exempts de vices, à laquelle le sous-traitant est tenu vis-à-vis de l'entrepreneur principal, a pour seul fondement les rapports contractuels et personnels existants entre eux et ne peut être invoquée par le maître d'ouvrage qui est étranger à la convention de sous-traitance ».

¹²⁹⁷ Civ. 1^{ère}, 7 juil. 1992, n°91-10.162, *Bull. civ.* I, n°221 : Vu l'article 1165 du Code civil ; « Attendu que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Attendu, cependant, qu'en statuant ainsi, alors que le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Section 2. Les conséquences du rappel

410. Lorsque l’avocat rappelle une solution antérieure, il souhaite la plupart du temps que celle-ci soit appliquée au litige¹²⁹⁸. Face à cette sollicitation, la Cour de cassation peut choisir d’écarter ou de réaffirmer la solution remémorée y compris lorsqu’elle ne l’applique pas au litige¹²⁹⁹, pour des raisons qui dépassent parfois le champ de cette étude¹³⁰⁰. L’intérêt des développements à suivre ne se situe donc pas, en dehors de l’effet de la contrainte de cohérence qui a déjà été présentée¹³⁰¹, dans la recherche des causes qui expliquent pourquoi la juridiction est ou n’est pas sensible au moyen remémorant la jurisprudence antérieure, mais se situe plutôt dans l’analyse des conséquences qui accompagnent le rappel du précédent.

Cette étude, témoignant des rapports complexes qu’entretient la Haute juridiction avec son héritage décisionnel, contient une part de subjectivité que nous assumons¹³⁰². Rien dans les arrêts de la Cour de cassation ne permet en effet de situer ces rapports dans un ensemble jurisprudentiel plus vaste, puisque cette juridiction ne se réfère jamais explicitement à ses précédents. Ainsi, c’est seulement une mise en perspective des solutions issues de la jurisprudence qui nous autorise à analyser les réactions de la juridiction lesquelles peuvent, nous le concédons, avoir fait l’objet d’une surinterprétation.

Cette étude est également compliquée par les décisions de la Cour de cassation qui ne proviennent pas d’un interprète unique, mais d’un rassemblement d’interprètes, puisqu’elle est composée de plusieurs Chambres civiles et qu’elle peut siéger en formation extraordinaire (Chambre mixte, Assemblée plénière).

¹²⁹⁸ V. toutefois le cas où la solution est rappelée afin que la Cour décide de ne pas l’appliquer rétroactivement au litige, *supra* n°398 et *infra* n°427.

¹²⁹⁹ La Cour de cassation utilise parfois le précédent pour en préciser le domaine d’application, refusant parfois de l’appliquer à un cas voisin, sur cette hypothèse cf. *infra* n°430 et s.

¹³⁰⁰ V. par ex. les enseignements tirés de la recherche dirigée par P. Deumier (dir.), *Le raisonnement juridique : recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013, spéc. p. 219 à 224. Au regard des arguments soulevés par les avocats généraux ou les juges-rapporteurs, la Cour de cassation peut par exemple se montrer sensible à des considérations sociales ou économiques lorsqu’elle se décide. Ces considérations sont décrites par les auteurs de la *Théorie des contraintes juridiques*, comme des contraintes extra-juridiques et sont pour cette raison rejetées en dehors de la recherche. V. not. P. Brunet et V. Champeil-Desplats, « La théorie des contraintes face à la théorie des sources du droit », in Y. Cartusel, H. Dumont, Ph. Gérard (dir.) [et al.], *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 387-428 spéc. p. 406: « la théorie des contraintes juridiques entend garder l’idée d’une spécificité du fait juridique à l’égard des autres types de faits, et donc la perspective d’un objet et d’un discours propres des sciences juridiques à l’égard des autres sciences sociales ».

¹³⁰¹ Cf. *supra* n°347 et n°408.

¹³⁰² Sur cette part de subjectivité, v. not. C. Atias, « D’une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 24 : « Nul ne peut prétendre connaître l’ensemble des décisions judiciaires. La masse informe qui le compose n’a ni cohérence, ni consistance ; c’est toujours par approximation, par artifice qu’elle est invoquée. C’est pourquoi, des qualificatifs sont en usage pour tenter de donner quelque précision à la référence ».

Pour rendre compte des conséquences du rappel de la jurisprudence antérieure, il convient donc de les étudier non du point de vue de la Cour de cassation dans son ensemble, mais du point de vue de la Chambre spécifiquement saisie. Or, de ce point de vue, deux conséquences, liées au rappel d'un précédent par l'avocat, sont observables. La chambre saisie est effet nécessairement amenée à se positionner vis-à-vis du précédent rappelé (§1) et éventuellement conduite à en préciser la portée (§2).

§1. La clarification relative au positionnement de la chambre saisie

411. La réceptivité de la formation saisie au précédent, révélateur d'une pluralité de positionnements - Les prochains développements portent sur la réaction de chacune des chambres saisie au précédent qui lui est rappelé¹³⁰³. Cette réaction se traduit, lorsque la Cour répond au moyen reprenant une solution antérieure, par un positionnement vis-vis de ce précédent. Autrement dit, en testant la réceptivité de la chambre saisie au précédent rappelé, l'avocat conduit son interlocuteur à se positionner. Il apparaît alors intéressant d'identifier les postures susceptibles d'être adoptées par la juridiction en réaction au rappel de la jurisprudence antérieure.

Ces réactions de la Cour de cassation nous semblent pouvoir être classées selon deux types de comportement vis-à-vis du précédent rappelé : les postures de *cohérence* (A) ou les postures de *divergence* (B).

A. L'identification de postures de « cohérence »

412. Définition d'une posture de « cohérence » - Le terme de « *cohérence* » n'est pas aisé à employer de manière univoque tant il a déjà été mobilisé par les juristes dans des significations différentes. Nous en retiendrons une définition simple. La posture de cohérence est celle qui évite l'apparition ou le maintien d'une solution qui contrarie ou qui concurrence le précédent mobilisé par l'avocat dans le pourvoi.

¹³⁰³ En effet, on ne saurait rendre compte des conséquences du rappel de la jurisprudence antérieure, tout en occultant la composition de la Cour de cassation qui contient cinq chambres ordinaires et qui peut siéger en formation extraordinaire (Chambre mixte, Assemblée plénière).

413. La cohérence assurée par le refus d'adopter une solution concurrente - La Chambre saisie par le précédent peut décider de le réaffirmer, adoptant ainsi une posture de cohérence. Cette réaffirmation peut provenir de la chambre qui est à l'origine du précédent, mais également d'une autre chambre.

414. La réaffirmation d'une solution émanant de la chambre saisie - Cette hypothèse est fréquente puisque la chambre se montre ici cohérente vis-à-vis de ses propres énonciations. Par exemple, la première Chambre civile qui avait décidé en 1983 sur le fondement de l'article 1110 du Code civil que « la validité du consentement devait être appréciée au moment de la formation du contrat »¹³⁰⁴, est venue casser, en s'appuyant sur les moyens contenant le rappel de sa solution, deux arrêts de cour d'appel, en 1989¹³⁰⁵ puis en 2007¹³⁰⁶. De la même manière, lorsque l'avocat a rappelé à la deuxième Chambre civile, la solution qu'elle avait adoptée en 2002 selon laquelle « *une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites* »¹³⁰⁷, celle-ci a eu l'occasion de la réaffirmer en 2007¹³⁰⁸ et en 2008¹³⁰⁹ pour justifier la cassation des arrêts contestés.

415. La réaffirmation d'une solution émise par une autre chambre que la chambre saisie - Ici, la chambre saisie n'est pas l'auteur de la solution qu'elle réaffirme. Autrement dit, la chambre saisie, qui ne s'est pas encore positionnée par rapport à la solution qui lui est rapportée par l'avocat, décide spontanément de la réaffirmer, assurant ainsi une convergence de vues entre les chambres concernées. L'avocat favorise ici la circulation de la solution d'une chambre à l'autre permettant sa progression à travers les différentes chambres.

¹³⁰⁴ Civ. 1^{ère}, 26 oct. 1983, n°82-13.560, *Bull. civ. I*, n° 249.

¹³⁰⁵ Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, n°87-15.450, *Bull. civ. I*, n° 127 : « Qu'en se déterminant ainsi, alors que la validité du consentement doit être appréciée au moment de la formation du contrat (...) ». Cassation s'appuyant sur la 2^{ème} branche du 2^{ème} moyen : « *« Et alors que la validité du consentement d'une partie doit être appréciée au moment de la formation du contrat ; que la Cour d'Appel, qui a fondé la nullité de l'acte de cautionnement sur des agissements de trois ans postérieurs à sa conclusion a donc privé son arrêt de base légale »* ».

¹³⁰⁶ Civ. 1^{ère}, 12 juil. 2007, n°06-15.090, *Bull. civ. I*, n°265 : « Vu l'article 1110 du code civil; Attendu que la validité du consentement doit être appréciée au moment de la formation du contrat ». Cassation s'appuyant sur la 1^{ère} branche du 1^{er} moyen: « *Alors que pour entraîner la nullité, l'erreur doit avoir existé au moment de la formation du contrat* ».

¹³⁰⁷ Civ. 2^{ème}, 24 janv. 2002, n°99-16.576, *Bull. civ. II*, n°5.

¹³⁰⁸ Civ. 2^{ème}, 22 févr. 2007, n°06-10.131, *Bull. Civ. II*, n°49 : « Vu l'article 1382 du code civil ; Attendu qu'une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites ». Cassation s'appuyant sur la 3^{ème} branche du moyen unique : « *Alors que la perte d'un profit illicite ne peut être indemnisable au titre de la responsabilité civile* ».

¹³⁰⁹ Civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n°07-15.341 : «Vu l'article 1382 du code civil ; Attendu qu'une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licites ». Cassation s'appuyant sur la 2^{ème} branche du moyen unique: « *Alors qu'une victime ne peut obtenir la réparation de la perte de ses rémunérations que si celles-ci sont licite* ».

Par exemple, s'appuyant sur la solution, déjà présentée, selon « laquelle la validité du consentement doit s'apprécier au moment de la formation du contrat »¹³¹⁰, formulée par la première Chambre civile dès 1983, des pourvois ont été présentés devant la chambre commerciale et devant la troisième Chambre civile. Celles-ci ont fait le choix de se ranger derrière la position de la première Chambre civile en réaffirmant sa solution, respectivement en 1990¹³¹¹ et 1992¹³¹². Dans la même logique, un avocat a opposé à la troisième Chambre civile en 2007 la solution issue de l'arrêt *Baldus*, posée par la première Chambre, qui refusait de reconnaître une obligation d'information à la charge de l'acheteur d'un bien¹³¹³ en la lui rappelant : « *l'acquéreur n'est pas débiteur d'une obligation d'information à l'égard du vendeur* »¹³¹⁴. La Cour cassation prononce la cassation de l'arrêt sur la base du moyen présenté, et réaffirme la solution avec plus de force encore : « Vu l'article 1116 du Code civil (...) Qu'en statuant ainsi, alors que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis, la cour d'appel a violé le texte susvisé »¹³¹⁵.

416. La cohérence assurée par l'abandon d'une solution concurrente - Dans cette situation, l'avocat utilise une solution, posée par une autre chambre, qui contredit celle qu'avait antérieurement adoptée la chambre chargée de statuer sur le pourvoi. Celle-ci accepte alors d'abandonner sa solution au profit de celle qui lui est recommandée par le pourvoi et qui avait été posée par une autre chambre civile ou par une formation solennelle.

417. L'abandon d'une solution concurrente à la solution posée par une autre chambre civile - L'identification de cette situation est rendue malaisée car non seulement les

¹³¹⁰ Civ. 1^{ère}, 26 oct. 1983, n°82-13.560, *Bull. civ. I*, n° 249.

¹³¹¹ Com., 30 janv. 1990, n°87-14.493, *Bull. civ. IV*, n°29 : « Attendu, en second lieu, qu'appréciant souverainement les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a estimé qu'il n'était pas établi que la société La Tour d'Ivoire ait pu ignorer, lors de la vente, que le fonds de commerce comportait une activité de dancing ; qu'elle a ainsi fait ressortir que la preuve n'était pas rapportée de l'existence d'un dol ou d'une erreur sur la substance de la chose ». (Souligné par nos soins). Comp. avec le 1^{er} moyen, 2^{ième} branche : « *alors, d'autre part, que la validité du consentement doit être appréciée au moment de la formation du contrat* ». La Cour rejette le pourvoi mais admet le principe de l'appréciation au moment de la formation du contrat.

¹³¹² Civ. 3^{ème}, 26 mai 2012, n°90-18.722 : « Mais attendu qu'ayant, d'une part, souverainement retenu que la société CIO ne connaissait pas, au moment de la vente, le caractère inondable de l'immeuble, et que ce risque était ignoré par l'Administration elle-même, ce dont il se déduisait l'absence de faute à la charge du vendeur » (Souligné par nos soins). Comp. avec la 4^{ème} branche du 3^{ème} moyen : « *que la validité du consentement doit s'apprécier au moment de la formation du contrat* », la Cour rejette le pourvoi mais admet le principe de l'appréciation au moment de la formation du contrat.

¹³¹³ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ. I*, n°131 : « alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ».

¹³¹⁴ Moyen unique du pourvoi n°06-10-442, Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, *Bull. civ. III*, n°5.

¹³¹⁵ Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, *Bull. civ. III*, n°5.

situations dans lesquelles une chambre accepte d'abandonner sa position au profit de celle d'une autre sont rares, mais encore plus rares sont celles dans lesquelles l'avocat a un intérêt à ce que la divergence disparaisse. Il semble toutefois que la deuxième Chambre civile ait été contrainte en 2009 d'abandonner une solution qu'elle avait posée en 1998¹³¹⁶, en raison d'une solution contraire admise par la chambre commerciale quelques mois auparavant¹³¹⁷. Cette solution lui est rappelée dans un moyen : « *le droit au procès équitable et le respect des droits de la défense imposent que, dans les procédures où la représentation des parties est obligatoire, le délai de péremption soit suspendu ou interrompu à l'égard de la partie qui a demandé le bénéfice de l'aide juridictionnelle* »¹³¹⁸. La Chambre civile qui décidait auparavant que la demande d'aide juridictionnelle n'avait aucun effet sur le délai de péremption, admet désormais que : « *la demande d'aide juridictionnelle interromp le délai de péremption* »¹³¹⁹. Ainsi, la circulation d'une solution d'une chambre à une autre, assurée par l'avocat, peut contribuer à l'abandon d'une position divergente.

418. L'abandon d'une solution concurrente à la solution posée en formation solennelle - Dans cette hypothèse, l'argument tiré d'une solution antérieure gagne en puissance au regard de son auteur puisque le précédent rappelé a été posé par une formation solennelle de la Cour de cassation¹³²⁰. Ces formations assument en effet une fonction décisive dans le traitement des conflits horizontaux, c'est-à-dire des divergences de jurisprudence entre les chambres civiles. L'intervention d'une Chambre mixte permet « *d'éviter, voire de résoudre les conflits internes de jurisprudence entre les diverses Chambres de la Cour* »¹³²¹ et l'Assemblée plénière peut « *trancher beaucoup plus rapidement une question de principe par un arrêt solennel, qui mettra fin à une controverse (...) entre plusieurs chambres de la Cour* »¹³²². La solution retenue par ces formations, dont le contenu est le fruit d'un dialogue entre les représentants des différentes chambres, contraint en ce sens la chambre qui est

¹³¹⁶ Civ. 2^{ème}, 19 mai 1998, n°96-17.349, *Bull. civ. II*, n°158 : « Mais attendu qu'une demande d'aide juridictionnelle ne constitue pas une diligence au sens de l'article 386 du nouveau Code de procédure civile (...) la péremption était acquise ».

¹³¹⁷ Soc., 28 janv. 2009, n°07-42.287, *Bull. civ. V*, n°27 : « Vu l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles R 516-3 devenu R 1452-8 du code du travail, 2, 10, 12 et 25 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique ; si une partie demande, dans le délai de deux ans prévu par l'article 386 du code de procédure civile, l'aide juridictionnelle pour accomplir la diligence mise à sa charge par la juridiction, le délai de péremption ne court plus tant qu'il n'a pas été définitivement statué sur cette demande ».

¹³¹⁸ 1^{ère} branche du moyen unique du pourvoi n°08-16.698 (Civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009).

¹³¹⁹ Civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009, n°08-16.698, *Bull. civ. II*, n°276.

¹³²⁰ Sur les critères, dégagés en doctrine, permettant d'identifier important un arrêt de la Cour de cassation, cf. *supra* n°405.

¹³²¹ P. Bellet, « France. La Cour de cassation », *RIDC*, vol. 30, 1978, p. 208.

¹³²² Rép. pr. civ., *Cour de cassation, par J. Boré et L. Boré, n°169.

invitée à la réaffirmer. Contrainte que l'avocat n'hésite pas à exploiter pour faire plier la ou les chambres civiles qui avaient préalablement opté pour une solution contraire. Les exemples de cette situation ne manquent pas. Ainsi, la solution consacrée dans un arrêt de l'Assemblée plénière de 1986, aux termes desquels « le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle »¹³²³, a été exploitée par un avocat devant la troisième Chambre civile¹³²⁴, et celle-ci, qui décidait auparavant le contraire¹³²⁵, s'est résolue à casser l'arrêt d'appel sur la base du moyen pertinent¹³²⁶. De même, sur la base d'un arrêt rendu par l'Assemblée plénière aux termes duquel : « en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur »¹³²⁷, un avocat a formulé un moyen¹³²⁸ contraignant la Chambre commerciale qui avait préalablement opté pour une solution contraire¹³²⁹, à réaffirmer, dans les mêmes termes, la solution de la formation solennelle¹³³⁰.

¹³²³ Ass. plén., 7 févr. 1986, n°84-15.189, *Bull. Ass. plén.*, n°2.

¹³²⁴ 1^{ère} branche du 1^{er} moyen au soutien du pourvoi n°87-16.831 (Civ. 3^{ème}, 15 févr. 1989) : « *Alors que le maître de l'ouvrage dispose contre le fabricant d'une action contractuelle directe fondée sur la non-conformité de la chose livrée (...)* ».

¹³²⁵ V. not. Civ. 3^{ème}, 19 juin 1984, n°83-10.901, *Bull. civ. III*, n°120. Le moyen unique l'invitait pourtant à se ranger du côté de la première Chambre civile sans succès : « *Alors que l'action en garantie des vices cachés contre le fabricant est de nature contractuelle* ».

¹³²⁶ Civ. 3^{ème}, 15 févr. 1989, n°87-16.831, *Bull. civ. III*, n°35 : cassation de l'arrêt sur la base du 1^{er} moyen précité : « Vu l'article 1382 du Code civil, ensemble l'article 455 du nouveau Code de procédure civile. Qu'en statuant ainsi, alors que la société Sochan agissait comme subrogée dans les droits du maître de l'ouvrage, lequel disposait contre le fabricant d'une action contractuelle directe (...) ».

¹³²⁷ Ass. plén., 6 déc. 2004, n°03-10.713, *Bull. Ass. plén.*, n°14.

¹³²⁸ Moyen unique du pourvoi n°01-12.886 : « *Alors que l'absorption d'une société par une autre entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante ; que sont transmis de plein droit à la société absorbante les droits résultant d'un contrat de cautionnement souscrit au profit de la société absorbée ; qu'en décidant dès lors qu'à défaut d'une manifestation de volonté de s'engager envers la société absorbante Sicorail, les cautions de la société absorbée Optibail avaient été libérées de leurs obligations de garantie des dettes nées postérieurement à la fusion, la cour d'appel, qui a ajouté une condition à la loi, a violé les articles L. 236-3 du Code de commerce et 2015 du Code civil* ».

¹³²⁹ Com., 26 nov. 1999, n°97-15.794, *Bull. civ. IV*, n°184 : « Vu l'article 2015 du Code civil ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'à défaut de manifestation de volonté de la part de la caution de s'engager envers le nouveau bailleur, le cautionnement souscrit au profit de la compagnie AGF ne pouvait être étendu en faveur de la société FIMD, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹³³⁰ Com., 8 nov. 2005, n°01-12.896, *Bull. civ. IV*, n°234 : « en cas de fusion absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante ».

B. L'identification de postures de « divergence »

419. Définition d'une posture de « divergence » - La posture de « divergence » est celle qui fait apparaître ou qui maintient une solution qui concurrence ou contrarie le précédent rappelé par l'avocat dans le pourvoi¹³³¹.

420. L'adoption d'une solution concurrente à la solution rappelée - La solution rappelée par l'avocat peut parfois être écartée au profit d'une solution concurrente. La Chambre saisie adopte en conséquence une posture de divergence vis-à-vis du précédent qui lui est rappelé.

421. La position de revirement - Une chambre peut opérer un revirement de sa propre jurisprudence, en optant, contrairement aux prévisions de l'avocat, pour une solution contrariant celle qu'elle avait antérieurement admise¹³³². Ces revirements se rencontrent notamment lorsque la chambre concernée dispose seule de la compétence de se prononcer sur un contentieux. Ainsi, concernant l'application de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation, la jurisprudence de la deuxième Chambre civile a été fluctuante puis contradictoire. À propos de l'implication d'un véhicule immobile dans un accident, elle a, dès 1986, interprété l'implication comme la perturbation que causait le véhicule à la circulation des autres véhicules¹³³³, solution qu'elle a réaffirmée cinq fois jusqu'en 1993¹³³⁴. Dans les pourvois concernés, les avocats aux Conseils construisaient logiquement leurs argumentations autour de cette notion de perturbation. Tel était le cas en 1994 dans un pourvoi qui reprochait à la cour d'appel de ne pas rechercher si les conditions dans lesquelles

¹³³¹ La définition retenue s'inspire de celle proposée par F. Zénati, « La notion de divergence de jurisprudence », in *Les divergences de jurisprudence*, P. Ancel, M.-C. Rivier (dir.), Publications de l'Université de Saint-Etienne / Droit, 2003, p. 53 et s., spéc. p. 61 : selon l'auteur la divergence d'interprétation suppose « la pluralité d'émetteurs, l'absence de hiérarchie, une identité de question et la différence de solution ».

¹³³² Les incertitudes qui entourent la notion de revirement de jurisprudence invitent à identifier des postures de revirement, uniquement lorsqu'une même formation adopte deux solutions contraires à propos d'une même question juridique. Sur cette acception de la notion, v. V. Delaporte, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 123 et s., spéc. 160 : « Pour qu'il y ait revirement, il faut que la solution nouvelle s'oppose à une règle de même origine jurisprudentielle, de la même juridiction et [...] de la même formation. Car si les solutions opposées proviennent de différentes formations de la Cour de cassation, il y a une contradiction qui, si on peut se permettre un parallèle avec la contradiction de motifs, équivaut à une absence de jurisprudence ».

¹³³³ Par ex. Civ. 2^{ème}, 21 juil. 1986, n°84-17.442, *Bull. civ. II*, n°115 : « les conditions dans lesquelles le camion stationnait n'étant pas de nature à perturber la circulation du cyclomotoriste, ce véhicule ne s'était pas trouvé impliqué dans l'accident ; qu'ainsi la loi n°85-677 du 5 juillet 1985 est sans application en l'espèce ».

¹³³⁴ V. Civ. 2^{ème}, 21 oct. 1987, 86-15.205, *Bull. civ. II*, n°202 ; Civ. 2^{ème}, 7 juin 1990, n°89-14.334, *Bull. civ. II*, n°124 ; Civ. 2^{ème}, 22 avril 1992, n°90-20.583, *Bull. civ. II*, n°123 ; Civ. 2^{ème}, 25 mai 1993, n°91-21.559, Civ. 2^{ème}, 20 juil. 1993, n°92-11.266.

le véhicule s'était arrêté « *n'étaient pas de nature à perturber la circulation* ». La deuxième Chambre civile a pourtant renversé sa solution en abandonnant le critère de perturbation : « le fait qu'un véhicule terrestre à moteur soit en stationnement sans perturber la circulation n'exclut pas son implication dans un accident, au sens de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985 »¹³³⁵. Une même chambre peut donc trahir les attentes de l'avocat du demandeur en renversant son positionnement.

422. La position dissidente - Autre est l'hypothèse dans laquelle la chambre saisie du pourvoi se voit rappeler une solution admise par une autre chambre civile et refuse de la réaffirmer en adoptant une solution concurrente. La chambre saisie entre ainsi en dissidence vis-à-vis de la chambre dont le précédent est rappelé. La question de la distinction, en matière de vente, entre le vice caché, visé à l'article 1641 du Code civil, et le défaut de conformité, relevant de l'article 1604 du Code civil, a fourni une bonne illustration de cette attitude jurisprudentielle. Les pourvois étudiés posaient la question de savoir si un défaut de conformité doit uniquement relever d'une contrariété entre la chose délivrée et les prévisions contractuelles (*conception formelle* de la garantie), ou s'il peut également couvrir une contrariété à l'usage que l'acheteur souhaite faire de la chose vendue (*conception matérielle* de la garantie). Si la deuxième acception est retenue, l'action fondée sur la garantie des vices cachés se confond avec l'action fondée sur l'obligation de délivrance car elles tendent toutes les deux à couvrir un défaut affectant l'usage de la chose¹³³⁶. La question a donc une réelle importance pratique car l'adoption d'une conception matérielle de l'obligation de délivrance conforme permet à l'acheteur mécontent d'agir sur ce fondement ou sur celui de la garantie des vices cachés, selon les avantages qu'il peut espérer tirer du régime de l'action envisagée. La troisième Chambre civile fut la première à se prononcer et opta en 1988 pour une conception formelle du défaut de délivrance¹³³⁷, assurant ainsi une nette distinction entre les deux actions. Un an plus tard, un nouveau pourvoi fut formé devant la première Chambre civile sur cette question. Le représentant du demandeur développa un moyen recommandant la réaffirmation de la solution de 1988¹³³⁸. Au lieu de rallier à la conception formelle du défaut de conformité, la première Chambre civile rejeta le pourvoi et adopta une position dissidente vis-à-vis de la troisième Chambre civile, en retenant que « l'obligation de

¹³³⁵ Civ. 2^{ème}, 23 mars 1994, n° 92-12.553, 92-14.296, *Bull. civ.* II, n°100.

¹³³⁶ V. Art. 1641 du C. civ.

¹³³⁷ Civ. 3^{ème}, 13 avril 1988, n°86-17.824, *Bull. civ.* III, n°67 : le défaut de délivrance est une « non-conformité aux stipulations contractuelles ».

¹³³⁸ V. le moyen unique au pourvoi n°87-18.517 : « *Alors que alors que l'appareil litigieux est rigoureusement conforme à la commande (...)* ».

délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous point au but recherché »¹³³⁹.

La réaction de la chambre saisie à laquelle on rappelle un précédent peut donc être surprenante, lorsqu'elle retient, pour la première fois, une solution différente de celle qui lui est rappelée et qui a été posée par une autre chambre civile.

À côté de ces situations d'apparition de divergences, il est également possible d'identifier des situations de maintien de divergences.

423. Le maintien d'une solution concurrente à la solution rappelée - Dans cette hypothèse, il coexiste déjà dans la jurisprudence plusieurs solutions concurrentes, et l'avocat rappelle alors celle qui va être écartée. Cette hypothèse est complexe car la mise à l'écart de la solution rappelée n'aboutit pas nécessairement au maintien d'une divergence. Le refus de réaffirmer la solution relayée par le pourvoi peut en effet aboutir à une plus grande cohérence.

424. Illustrations : la solution maintenue provient d'une chambre civile - Pour reprendre l'exemple de la distinction entre vice caché et défaut de conformité, la position dissidente de la première Chambre civile, par rapport à celle de la troisième Chambre, fut à l'origine d'une divergence. Or, guidés par l'intérêt de leurs clients, les avocats n'hésitèrent pas à profiter de cette opposition, pour défendre, selon l'intérêt en jeu, l'une ou l'autre des conceptions. Ainsi, tant que les première et troisième Chambres civiles restaient attachées à leurs positions, le rappel de la solution concurrente était sans influence sur la résolution du litige et concourait effectivement à la cristallisation de la divergence¹³⁴⁰.

En revanche, lorsqu'en 1993, la première Chambre civile, qui avait pourtant l'occasion de maintenir sa position dissidente, décida de se rallier à la conception de la troisième Chambre civile, le rejet de la solution rappelée par l'avocat permit la résorption d'une divergence persistante. Autrement dit, elle accepta d'abandonner sa solution, qui lui était pourtant rappelée¹³⁴¹, au profit d'une cohérence plus globale. À partir de cette décision marquant le

¹³³⁹ Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, n°87-18.517, *Bull. civ.* I, n°140. Il faut noter qu'en 1993, la première Chambre civile est revenue à une conception formelle de la délivrance (cf. *supra* n°422).

¹³⁴⁰ Pour le rappel de la solution de la première Chambre civile devant la troisième Chambre civile, par ex. le rejet de la première branche du moyen unique au pourvoi n°89-19.829 (Civ. 3^{ème}, 8 janv. 1992) : « *alors, selon le moyen, d'une part, que l'obligation de délivrance d'une chose conforme consiste non seulement à livrer ce qui a été convenu, mais encore à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tout point au but recherché par lui (...)* » ; À l'inverse, pour le rappel de la conception stricte du défaut de délivrance devant la première Chambre civile : V. 2^{ème} branche du 1^{er} moyen au pourvoi n°88-18.000 (Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1990).

¹³⁴¹ V. 1^{ère} branche du moyen unique à l'occasion du pourvoi n°90-18.331 : « *Alors qu'en limitant cette obligation de délivrance aux spécificités contractuellement prévues entre les parties, l'arrêt attaqué a violé l'article 1603 du Code civil* ».

ralliement de la première Chambre civile aux autres chambres, une solution uniforme est donnée par les différentes chambres qui adoptent toutes une conception formelle du défaut de conformité, malgré certains pourvois qui recommandent de la remettre en cause. On en trouve des illustrations jusqu'en 2011, à l'occasion d'un pourvoi, qui soutenait que « *l'obligation de délivrance ne consiste pas seulement à livrer ce qui a été convenu, mais à mettre à la disposition de l'acquéreur une chose qui corresponde en tous points au but par lui recherché* »¹³⁴². Face à cette sollicitation, la troisième Chambre civile signala que le moyen « n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi »¹³⁴³ et refusa ainsi d'entrer dans un débat qui a été désamorcé en 1993. En définitive, la mise à l'écart d'une solution antérieure n'est pas toujours synonyme de divergence. D'ailleurs, lorsque la chambre saisie adopte une solution, affirmée par une formation extraordinaire de la Cour, contrariant alors la solution qui lui est rappelée, la mise à l'écart n'est jamais synonyme de divergence.

425. Illustrations : la solution maintenue provient d'une formation solennelle - Dans ce cas de figure, l'avocat invite une chambre civile à passer outre la solution posée par l'Assemblée plénière ou une Chambre mixte. On comprend que cette invitation soit laissée sans réponse par la chambre saisie au regard de la mission et de la composition de des formations solennelles¹³⁴⁴. Cette invitation est en effet une occasion pour la chambre concernée d'affirmer son ralliement à la décision affirmée en formation solennelle. Par exemple, alors qu'en 2006, une Chambre mixte s'était réunie pour admettre le principe de l'exécution forcée du pacte de préférence au profit du bénéficiaire lésé¹³⁴⁵, un avocat n'a pas hésité, plusieurs mois après, à présenter la thèse inverse devant la troisième Chambre civile: « *est constitutive d'un manquement à une obligation de faire, la méconnaissance d'un droit de préférence se résout en dommages-intérêts en application de l'article 1142 du code civil* »¹³⁴⁶. Cette thèse, que défendait pourtant auparavant la chambre saisie¹³⁴⁷, a été rejetée par la troisième Chambre civile qui a repris *in extenso* la solution de la Chambre mixte : « le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un

¹³⁴² 5^{ème} branche du 5^{ème} moyen dans le pourvoi n°10-23.227.

¹³⁴³ Civ. 3^{ème}, 18 oct. 2011, n°10-23.227.

¹³⁴⁴ Cf. *supra* n°418.

¹³⁴⁵ Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376, *Bull. mixte*, n°4 : « si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition (...) ».

¹³⁴⁶ 3^{ème} branche du 1^{er} moyen dans le pourvoi n°05-21.814 (Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, *Bull. civ.* III, n°25).

¹³⁴⁷ V. par ex. Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, n°95-17.597, *Bull. civ.* III, n°96 : « Vu l'article 1142 du Code civil ; Attendu que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ».

tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur (...) »¹³⁴⁸.

De même, c'est en vain que l'avocat a tenté de rappeler à la première Chambre civile, une position contraire à celle qu'elle avait adoptée alors que sa propre position avait été réaffirmée solennellement par l'Assemblée plénière. Cette chambre avait en effet très tôt, en matière processuelle, admis que le juge n'était pas tenu de requalifier juridiquement une demande lorsque les parties n'avaient pas attribué le fondement approprié à leur demande. Cette solution, contestée par la deuxième Chambre civile a été retenue par la troisième Chambre civile¹³⁴⁹ et réaffirmée par l'Assemblée plénière¹³⁵⁰. Saisie de la même question deux ans après l'intervention de l'Assemblée plénière, la première Chambre civile, qui n'avait donc aucune raison d'être sensible à l'argumentaire de l'avocat¹³⁵¹, l'a rejeté en réaffirmant sa solution traditionnelle¹³⁵². En définitive, en se faisant le relai des précédents de la Cour de cassation, l'avocat aux Conseils encourage le dialogue entre les différentes chambres civiles qui la composent¹³⁵³, il peut ainsi favoriser l'évitement ou la résorption des solutions divergentes, ou plus modestement permettre d'identifier, quant à la chambre saisie du pourvoi, des postures de divergence ou de cohérence.

§2. Une clarification relative à la portée du précédent

426. Il arrive à la Cour de cassation de se saisir du précédent qui lui est rappelé dans le pourvoi pour apporter des précisions relatives à sa portée. Cette hypothèse est une nouvelle illustration de ce que la loi apparaît secondaire par rapport à la règle jurisprudentielle dans la mesure où ce n'est pas la loi qui est ici appliquée mais la jurisprudence antérieure¹³⁵⁴.

¹³⁴⁸ Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, n°05-21.814, *Bull. civ.* III, n°25.

¹³⁴⁹ Par ex. : Civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2005, n°04-12.824, *Bull. civ.* III, n°118 : « Mais attendu que le juge n'étant pas tenu de rechercher d'office les dispositions légales de nature à justifier une demande dont il est saisi sur le fondement d'un texte déterminé, la cour d'appel n'avait pas à examiner le litige au regard de (...) ».

¹³⁵⁰ Ass. plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343, *Bull. Ass. plén.*, n°10.

¹³⁵¹ 3^{ème} branche du moyen unique dans le pourvoi n°08-70-326 (Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2009) : « Alors que le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ; qu'il est tenu de restituer aux demandes dont il est saisi leur exacte qualification, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

¹³⁵² Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2009, n°08-70.326 : « Et attendu que si l'article 12 du code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ».

¹³⁵³ V. sur ce point : E. Baraduc, « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? », in Nicolas Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 3 et s. ; du même auteur, « Le rôle des avocats aux Conseils dans les revirements de jurisprudence », *discours d'ouverture de la conférence de stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 13 déc. 2000.

¹³⁵⁴ Sur cette question cf. *supra* n°347.

Ces précisions peuvent concerner la portée temporelle du précédent (A) et le domaine d'application du précédent (B).

A. Clarification relative à la portée temporelle du précédent

427. Le rappel d'un précédent, une occasion pour la Cour de cassation d'en préciser la portée temporelle - Qu'il souhaite bénéficier de l'état positif qui précède ou qui succède la solution rappelée, l'avocat aux Conseils permet à la Cour de cassation d'apporter des précisions sur la portée temporelle de la solution relayée dans le pourvoi. La question se pose à chaque fois qu'un précédent est opposé à la juridiction pour régir une situation née antérieurement à ce précédent¹³⁵⁵. Elle se pose avec une plus grande acuité encore à propos des précédents opérant un revirement de jurisprudence, pour lesquelles il n'existe aucune solution clairement établie permettant une modulation de ses effets dans le temps, malgré l'ensemble des réflexions engagées sur ce point en doctrine.

428. La question de la portée temporelle des revirements de jurisprudence, les données doctrinales - Par nature, la norme jurisprudentielle a vocation à régir un acte ou des faits survenus antérieurement à son prononcé : chaque cas présenté à la Cour de cassation est nécessairement né avant qu'elle ne lui apporte une solution. Lorsque la question juridique posée à la Cour de cassation est nouvelle en ce sens que la Haute juridiction ne s'est jamais encore positionnée à son propos, la solution apportée par la Cour de cassation l'est également. Cette solution s'applique alors au cas particulier, mais constitue aussi une norme s'imposant dans le système juridique, c'est-à-dire aux justiciables concernés. Cette norme nouvelle devient alors un précédent dont le bénéfice peut être utilement invoqué par les plaideurs à l'avenir¹³⁵⁶. Lorsque la Cour de cassation réaffirme cette norme, aucun problème particulier ne se pose. En revanche, lorsqu'elle infirme sa norme antérieure en posant une norme nouvelle contraire, la question se pose de savoir si les justiciables qui se fiaient à la première norme peuvent être inquiétés par ce revirement de jurisprudence, dans la mesure où, à l'instar

¹³⁵⁵ Lorsque la Cour de cassation applique dans un nouveau litige une solution antérieurement posée pour régir une situation antérieure au précédent rappelé, elle résout parfois implicitement (lorsque les moyens ne portent pas directement sur ce point) mais nécessairement la question de sa portée temporelle.

¹³⁵⁶ V. sur ce point : J. Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15 et s., spéc. p. 16 : « Il y a donc bien rétroactivité de la règle jurisprudentielle, non seulement à l'égard des données du litige à propos duquel elle a été élaborée, mais encore, dans la mesure où le juge s'en tiendra à la nouvelle règle, à l'égard de tous les litiges semblables dont il a été saisi avant la décision qui fait jurisprudence, et qui seront tranchés postérieurement à celle-ci ».

de la législation, la jurisprudence est « *auto-réfutable* »¹³⁵⁷. Se pose alors la question de la détermination des effets dans le temps des normes jurisprudentielles. Avant de s'intéresser à la manière dont ce problème est traité par la Cour de cassation lorsqu'elle en est saisie par un avocat aux Conseils, il convient de présenter les principales solutions doctrinales qui sont préconisées autour du problème dit de la rétroactivité de la jurisprudence. Notons au passage que si les revirements de jurisprudence forment effectivement les cas les plus remarquables pour lesquels la question de l'effet temporel de la norme jurisprudentielle se pose, elle peut également être considérée comme valant pour toutes les normes jurisprudentielles, y compris donc pour celles qui n'opèrent pas revirement de jurisprudence.

La solution majoritaire a été proposée dans un rapport destiné à la Cour de cassation, réalisé sous la direction de Nicolas Molfessis, sur la base des réflexions antérieurement engagées¹³⁵⁸. Ce rapport préconise de conserver le principe de la rétroactivité des revirements de jurisprudence et d'instaurer un régime d'exception organisé par les chambres solennelles de la Cour de cassation (Assemblée plénière, Chambre mixte). En d'autres termes, ce rapport considère comme acquise l'hypothèse selon laquelle les revirements de jurisprudence sont rétroactifs et formule divers moyens pour en atténuer la portée. Selon ces propositions, la Cour de cassation pourrait en effet décider, au moment où elle s'apprête à s'auto-réfuter par un revirement de jurisprudence, que la norme nouvellement posée ne produit des effets que pour l'avenir. Il lui faudrait alors expliciter les raisons justifiant l'absence de rétroactivité de la solution nouvelle (en s'inspirant de la pratique de la CEDH ou en soulevant un motif impérieux d'intérêt général par exemple). Par ailleurs, si ce revirement est sollicité par le plaideur, il devrait lui aussi pouvoir développer des moyens qui justifient que la solution nouvelle s'applique au litige. À l'inverse, si le plaideur demande au contraire l'application de la norme jurisprudentielle antérieure, il faudrait également que l'intention d'opérer un revirement de jurisprudence soit versée au débat de cassation afin qu'il puisse en défendre la non-rétroactivité.

Une solution diamétralement opposée a été envisagée, dans une perspective résolument réaliste, par Daniel Mainguy¹³⁵⁹. L'auteur considère que le problème de la rétroactivité de la

¹³⁵⁷ L'expression d'« auto-réfutabilité » de la jurisprudence est empruntée à Daniel Mainguy. V. par ex : D. Mainguy, « À propos du projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats », art. publié sur le blog de l'auteur [www.daniel-mainguy.fr].

¹³⁵⁸ V. not. N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet.*, Litec, 2005 ; P. Morvan, « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le rubicon », *D.* 2005, p. 247 ; C. Radé, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 98 ; C. Mouly, « Le revirement pour l'avenir », *JCP* 1994, I, 3776, n°21. 8.

¹³⁵⁹ V. D. Mainguy, « L'interprétation de l'interprétation - Variations normatives II », *JCP G.*, 2011, n°9 et s.

jurisprudence est mal posé car il continue d'être débattu conformément à une vision légaliste de l'interprétation judiciaire, c'est-à-dire conformément à une vision qui conçoit la décision du juge comme exclusivement interprétative¹³⁶⁰, l'envisageant ainsi comme un énoncé techniquement inférieur et juridiquement soumis à la législation. Derrière cette admission sans réserve du principe de la rétroactivité de la jurisprudence, se trouverait en effet une confusion entre les lois interprétatives qui sont par nature rétroactives et les décisions de la Cour de cassation. Ces dernières sont certes des interprétations de la loi, mais avant que ces interprétations ne soient réalisées, il n'existe aucune norme. Conformément à la pensée de cet auteur, on peut effectivement considérer qu'avant la première interprétation de la Haute juridiction, il n'existe pas de norme mais seulement des textes législatifs. Ainsi et en conséquence, il devient requis de raisonner exclusivement à partir des normes jurisprudentielles pour leur appliquer les mêmes principes qu'aux règles législatives qui ne sont pas, d'un point de vue réaliste, des normes. Plus précisément, si c'est le juge qui crée la norme, alors le principe doit être celui de l'application immédiate des normes jurisprudentielles nouvelles et de la non-rétroactivité des revirements de jurisprudence. Admettons un texte de loi, qui se trouve être en attente de significations authentiques, c'est-à-dire qui n'a pas encore été interprété par la Cour de cassation. La première interprétation de la loi par la juridiction, sera d'application immédiate, au jour de son prononcé. Autrement dit, une première norme aura été créée et le sens qu'elle contient s'imposera alors aux justiciables concernés. À partir de cette norme que l'on pourrait qualifier de *primaire*, on peut distinguer au sein de la jurisprudence ultérieure, les normes qui viennent la *compléter* ou en préciser le domaine d'application (qu'on pourrait désigner comme *secondaires*)¹³⁶¹ de celles qui viennent la contredire. Dans le premier cas, la norme peut être considérée comme interprétative et s'appliquer de manière rétroactive. Dans le second cas en revanche, la norme nouvelle contradictoire ne s'ajoute pas à la norme primaire mais se substitue à elle. Il s'agit d'un revirement jurisprudentiel qui, par nature, intervient alors que les justiciables et les avocats n'étaient en mesure de connaître que le sens de la norme précédente. Le revirement pose ainsi les mêmes difficultés qu'une loi nouvelle contrariant une loi ancienne et pourrait donc être à ce titre non rétroactif. La solution défendue par Daniel

¹³⁶⁰ Nous entendons par décision interprétative, au sens des légalistes, une décision du juge qui ne ferait que reproduire le sens originel de la loi dont ils affirment indûment l'existence.

¹³⁶¹ Il va de soi que cette distinction entre *norme primaire* et *norme secondaire* est radicalement étrangère à celle de Hart qui oppose les normes créatrices de droits et d'obligations (*normes primaires*) aux normes d'habilitation (*normes secondaires*). V. sur ce point H. L. Hart, *Le concept de droit*, (éd. originale de 1961), trad. M. Van De Kerchove, 2^e éd., Bruxelles, Belgique, Facultés universitaires Saint Louis, 2005.

Mainguy est donc celle de la non-rétroactivité de principe des revirements de jurisprudence car les normes qui en résultent, ne présentent aucun caractère interprétatif par rapport à la norme jurisprudentielle primaire. Comme les lois, elles devraient seulement être d'application immédiate. Concrètement, les plaideurs ne pourront pas bénéficier du revirement pour des situations nées et consommées antérieurement au revirement, mais pourront en demander le bénéfice pour les situations qui produisent encore des effets ou qui sont nées postérieurement au revirement. C'est une manière de reconnaître que comme le législateur, le juge est toujours libre de changer d'avis lorsqu'il est confronté à un problème juridique, tout en admettant que ce volte-face qui produit les effets d'une norme, n'a pas, en principe, à blesser les prévisions du justiciable.

Quelles que soient les propositions doctrinales en vue de résoudre le problème de la modulation dans le temps des revirements, c'est la Cour de cassation qui dispose du dernier mot. Les solutions qu'elle a dégagées en la matière ont émergé grâce au travail des avocats aux Conseils qui l'ont régulièrement sondée sur cette question.

429. Le refus de principe par la Cour de cassation d'écarter la rétroaction du précédent - Si l'avocat n'œuvre que dans un litige en particulier, son action a permis de mettre en évidence une tendance : la Cour de cassation adhère au principe de la rétroactivité de la jurisprudence, principe qu'elle étend à ses revirements. Elle a en effet toujours retenu, en dépit des sollicitations contraires des avocats, la rétroactivité de ses revirements de jurisprudence. En effet, même si sa position a récemment évolué concernant la rétroactivité d'une solution nouvelle posée à l'occasion d'un litige¹³⁶², elle a toujours repoussé les arguments en faveur de la non rétroactivité des solutions antérieurement admises, pourtant constitutives d'un revirement par rapport à l'état antérieur du droit positif, sauf lorsque la partie qui s'en prévaut se trouve privée d'accès au juge¹³⁶³. Elle se justifie en précisant que

¹³⁶² Un pas a en effet été franchi concernant la rétroactivité de la solution nouvelle admise à l'occasion du litige : v. Civ. 2^{ème}, 8 juil. 2004, n°01-10.426, *Bull. civ.* II, n°387 et not. Ass. plén., 21 déc. 2006, n°00-20.493, *Bull. Ass. plén.*, n°15. Ces arrêts, qui annoncent la règle nouvelle selon laquelle l'action en réparation d'une atteinte à la présomption d'innocence est soumise à la courte prescription de l'art. 65 de la loi du 29 juil. 1881, prévoient que cette solution ne produira des effets que pour l'avenir « dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge » Le terme d'« application immédiate » employé par la Cour de cassation complique la compréhension des arrêts. Les faits qui étaient concernés avaient été consommés avant que la solution nouvelle ne soit posée de sorte que la Cour de cassation a simplement admis la non-rétroactivité de la solution à cette situation de fait antérieure, la solution nouvelle étant d'application immédiate.

¹³⁶³ V. par ex. Com., 13 nov. 2007, n°05-13.248, *Bull. civ.* IV, n°243 : « Mais attendu que l'application immédiate, à l'occasion d'un revirement de jurisprudence, de cette règle d'irrecevabilité, dans une instance en cours aboutirait à priver le demandeur au pourvoi d'un procès équitable, en lui interdisant l'accès au juge ».

« la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée [ou immuable, ou constante] l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »¹³⁶⁴. Par exemple, elle a considéré, toujours au détriment du demandeur, comme rétroactives, la solution qui a posé un *distinguo* entre action en garantie des vices cachés et action en délivrance conforme¹³⁶⁵, la solution qui exige une contrepartie financière à une clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail¹³⁶⁶, ou encore la solution imposant une obligation d'information au médecin¹³⁶⁷.

La Cour de cassation, qui semble s'inspirer des propositions du groupe de travail dirigé par Nicolas Molfessis, reste donc sur le principe de la rétroactivité de ses décisions, y compris lorsqu'elles contredisent ses décisions antérieures. On se retrouve en conséquence dans cette situation paradoxale où la Cour de cassation dispose de pouvoirs plus étendus que le législateur puisque tout ce qu'une décision de la Cour de cassation fait, une autre décision de la Cour de cassation peut le défaire sans que les effets de cette deuxième décision ne soient en principe limités dans le temps.

B. La clarification relative au domaine d'application du précédent

430. Le rappel d'un précédent, une occasion pour la Cour de cassation d'en préciser le domaine - L'avocat mobilise parfois un précédent pour qu'il soit appliqué à un cas d'espèce différent de celui pour lequel il avait été posé. Dans ce cas, la Cour de cassation peut décider d'accéder à la demande du professionnel, procédant ainsi à une extension du domaine du précédent, ou elle peut, au contraire, rejeter la demande, procédant alors à une limitation du domaine du précédent.

¹³⁶⁴ Une recherche menée sur *Légifrance* révèle que la Cour de cassation a affirmé cette solution plus d'une trentaine de fois, v. par ex. Soc., 22 sept. 2010, n°09-40.968, *Bull. civ. V*, n°91 ; Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n°07-14.932, *Bull. civ. I*, n°124.

¹³⁶⁵ V. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-11.982, *Bull. Civ. I*, n°97, rétroactivité de la solution posée par l'arrêt : Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n°08-11.410, *Bull. civ. III*, n°107.

¹³⁶⁶ V. par ex. Soc., 17 déc. 2004, n°03-40.008, *Bull. civ. V*, n°346, rétroactivité de la solution de l'arrêt Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.135, *Bull. civ. V*, n°239.

¹³⁶⁷ Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, n°00-14.564, *Bull. Civ. I*, n°249 : « Un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient, qui trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine, par le seul fait qu'un risque grave ne se réalise qu'exceptionnellement ; que la responsabilité consécutive à la transgression de cette obligation peut être recherchée, aussi bien par la mère que par son enfant, alors même qu'à l'époque des faits la jurisprudence admettait qu'un médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient des risques exceptionnels ; qu'en effet, l'interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée ». Rétroactivité de la solution notamment issue de l'arrêt Civ. 1^{ère}, 17 févr. 1998, n°95-21.715, *Bull. civ. I*, n°67.

431. L'extension du domaine du précédent - Dans le premier cas, la décision procède à une extension du domaine de la solution rappelée. Par exemple, l'obligation de sécurité, découverte dans le contrat de transport¹³⁶⁸, a été ensuite étendue à d'autres contrats comme au contrat de bail d'immeubles¹³⁶⁹, au contrat d'hôtellerie¹³⁷⁰ au contrat de manutention d'un bateau¹³⁷¹, etc. De la même façon, lorsque, sur incitation de l'auteur du pourvoi, la Cour de cassation a décidé en 2007, que « l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis »¹³⁷² elle a procédé à une extension de la solution de l'arrêt *Baldus*¹³⁷³ en précisant qu'elle était applicable quelle que soit la qualité de l'acheteur. Il en va de même lorsque le principe selon lequel l'indétermination du prix dans les contrats-cadres n'affecte pas leur validité, principe énoncé à propos du contrat d'installation et d'entretien de lignes téléphoniques¹³⁷⁴ et du contrat de franchise¹³⁷⁵, a ensuite été étendu aux contrats de location-gérance¹³⁷⁶.

432. La limitation du domaine du précédent - À l'inverse, la Cour de cassation peut également décider de limiter le domaine de la solution qui lui est rappelée. Toujours à propos de la solution issue des arrêts d'Assemblée plénière du 1^{er} décembre 1995, la Cour de cassation a refusé de l'étendre aux conventions de cession de parts sociales, en dépit de l'incitation de l'auteur du pourvoi¹³⁷⁷.

¹³⁶⁸ Civ. 21 nov. 1911, *DP* 1913, I, p. 249 : « L'exécution du contrat de transport comporte l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ».

¹³⁶⁹ Civ., 23 juin 1955, *D.* 1955. 653.

¹³⁷⁰ V. Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, n°01-10.309, *Bull. civ. I*, n°76 : tout en excluant son existence en l'espèce, elle l'admet son principe: « la cour d'appel a pu retenir que l'hôtelier n'avait pas manqué à son obligation contractuelle de sécurité ».

¹³⁷¹ Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n°92-10.987, *Bull. civ. I*, n°344.

¹³⁷² Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n°06-10.442, *Bull. civ. III*, n°5.

¹³⁷³ Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ. I*, n°131 : « alors qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ».

¹³⁷⁴ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.999, n°91-15.578, *Bull. Ass. plén.*, n°7 et 9.

¹³⁷⁵ Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-19.653, *Bull. Ass. plén.*, n°8.

¹³⁷⁶ V. pour un contrat de location-gérance en vue de l'exploitation d'une station service : Com., 12 nov. 1997, n°96-11.147, Com., 20 janv. 1998, n°96-13.295 ; v. égal. pour un contrat de location gérance en vue de l'exploitation d'un fonds de commerce de fruits et légumes Com., 10 févr. 1998, n°95-21.906, *Bull. civ. IV*, n°71.

¹³⁷⁷ V. Com., 6 oct. 1998, n°96-14.598 : la Cour de cassation déclare infondé le 2^{ème} moyen qui reprochait à la cour d'appel d'avoir déclaré nul le contrat de cession de parts sociales « alors que lorsqu'une convention prévoit la conclusions de contrats ultérieurs l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale, n'affecte pas sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ; qu'en annulant les contrats litigieux, alors que l'indétermination du prix n'affecte pas en principe la validité de ces derniers ».

De la même manière, la Cour de cassation s'est vue de nombreuses fois rappeler la solution de la chambre commerciale du 10 juillet 2007¹³⁷⁸, par laquelle elle avait reconnu que les juges du fond ne pouvaient pas « porter atteinte à la substance même des droits et obligations » en s'opposant au jeu d'une clause de garantie de passif, même si son créancier avait manqué au devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat. L'occasion lui a ainsi été donnée d'en réduire la portée en précisant que les juges du fond pouvaient toutefois condamner un contractant « sans porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, à exécuter ses obligations »¹³⁷⁹.

*
* *

¹³⁷⁸ Com., 10 juil. 2007, n°06-14.768, *Bull. civ.* IV, n°188 : « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties ».

¹³⁷⁹ V. Civ. 2^{ème}, 7 mai 2009, n°08-17.325.

CONCLUSION DU PREMIER CHAPITRE

433. Propos conclusifs et prospectifs¹³⁸⁰ - Quel que soit le sort réservé à la solution jurisprudentielle relayée par le pourvoi, le rappel effectué par l'avocat permet d'identifier des positions convergentes ou, au contraire, divergentes entre les différentes chambres de la Cour de cassation. La viabilité du précédent est éprouvée au fil des pourvois et sa portée se trouve parfois précisée. À l'issue de cette étude, deux constats attirent particulièrement notre attention.

D'une part, l'étude des arrêts relayés par les pourvois témoigne de ce que l'avocat invite parfois la Cour de cassation à l'incohérence. Certes, en assurant la circulation de solutions concurrentes, il participe souvent, même involontairement, à la résorption de la contradiction que le droit positif contenait, mais il se peut également, que ce faisant, il participe à son maintien. Or, si le maintien d'une divergence peut temporairement se justifier puisque lorsque deux ou plusieurs chambres entrent en incidence, c'est bien souvent parce qu'elles ont de solides raisons à avancer, mais on ne saurait toutefois s'en satisfaire durablement. Ainsi, lorsqu'un avocat défend, par exemple, une solution qui a été abandonnée par l'ensemble des chambres civiles ou par un arrêt de l'Assemblée plénière ou d'une Chambre mixte, la Cour de cassation pourrait opposer à cette argumentation un veto immédiat, sans avoir à y répondre au fond, afin que cette pratique de déstabilisation jurisprudentielle se raréfie. En dehors du mécanisme de non-admission des pourvois, la Haute juridiction pourrait également déclarer irrecevable le moyen dont le contenu contredit celui d'un arrêt rendu en Assemblée plénière ou en Chambre mixte. La technique est d'ailleurs déjà employée pour le moyen qui « *appelle la Cour de cassation à revenir sur la doctrine affirmée par son précédent arrêt* »¹³⁸¹, lorsqu'un même litige fait l'objet d'un second pourvoi.

D'autre part, le rappel d'une solution rendue par les formations solennelles de la Cour de cassation prospère devant les chambres civiles. Il ne semble en effet que très rarement aboutir

¹³⁸⁰ Dans cette conclusion, des propos descriptifs cohabitent avec des propos prescriptifs. Dans la mesure où les recommandations que nous faisons portent sur le discours de l'avocat aux Conseils, il s'agit d'une dogmatique de la dogmatique (cf. *supra* n°25 au tableau réalisé dans l'introduction, un discours dogmatique de niveau 4 portant sur un discours de niveau 2).

¹³⁸¹ Cette formulation est régulièrement employée par la Cour de cassation, pour un ex. récent, v. Civ. 2^{ème}, 2 avril 2015, n°14-13.387, cf. égal. *supra* n°288.

à l'adoption de solutions concurrentes¹³⁸². Tout au plus, la solution solennellement posée, sera limitée ou étendue. La cohérence jurisprudentielle se trouve ainsi renforcée pour trois raisons qui tiennent au mode de saisine¹³⁸³, au rôle¹³⁸⁴ et à la composition de ces formations spéciales. L'Assemblée plénière comprend des représentants de toutes les chambres de la Cour de cassation¹³⁸⁵ et une Chambre mixte doit comprendre des représentants issus d'au moins trois chambres¹³⁸⁶. Ainsi, leurs arrêts sont toujours le résultat d'une concertation entre les représentants des différentes chambres civiles qui seront amenés, dans les litiges ultérieurs, à opter pour une solution commune. Face à ce constat, on peut, d'un point de vue prospectif, imaginer une solution en vue de faciliter le recours à ces formations et éviter ainsi le maintien en droit positif de solutions concurrentes, insatisfaisant pour la sécurité juridique¹³⁸⁷. Les avocats aux Conseils pourraient être autorisés, à provoquer l'intervention d'une Chambre mixte ou de l'Assemblée plénière, dès lors que l'incertitude qui entoure la question tranchée par le pourvoi nuit à l'intérêt de leurs clients. Autrement dit, on pourrait imaginer, sur le modèle des questions préjudicielles ou prioritaires, que l'avocat réclame, dans un moyen au pourvoi, le renvoi de l'affaire devant une formation solennelle, en démontrant l'existence d'une divergence durable dans la jurisprudence, à charge pour la Chambre saisie de répondre au moyen et d'accéder ou non, à la demande de renvoi. Cette faculté accordée à ces officiers ministériels serait également justifiée par le fait qu'ils sont les interlocuteurs directs de la Haute juridiction. Comme le relève Emmanuel Piwnica, « *pour que la Cour de cassation*

¹³⁸² Nous ne sommes d'ailleurs pas parvenus à trouver des exemples de situation inverse. V. cep. *contra* H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile. Tome 2*, Dalloz, 12^e éd., 2008, n°266, p. 716. Les auteurs considèrent que dans son arrêt du 7 févr. 1986, l'Assemblée plénière, aurait considéré qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre vice caché et défaut de conformité, tous deux s'entendant d'un dysfonctionnement affectant l'usage de la chose. Cette position aurait alors été contredite par la jurisprudence ultérieure. Cette analyse n'est pas convaincante dans la mesure où l'Assemblée plénière n'était pas saisie de cette question précise, mais de celle de la nature de l'action directe dont dispose le sous-acquéreur contre le fabricant. Par ailleurs, il s'agit d'une interprétation doctrinale de la nature du dysfonctionnement, qui n'a pas été explicitée par la formation solennelle.

¹³⁸³ L'article L431-7 du code de l'organisation judiciaire dispose que le renvoi devant l'Assemblée plénière ou une Chambre mixte peut être décidé sur ordonnance du premier président, sur réquisition du procureur général, mais également par arrêt non motivé de la chambre saisie. Dans ce dernier cas, la chambre saisie accepte spontanément de renvoyer l'affaire devant une formation solennelle. Elle se prépare en conséquence, et si nécessaire, à devoir abandonner une solution antérieurement admise.

¹³⁸⁴ Elles assument en effet une fonction décisive dans le traitement des conflits horizontaux, c'est-à-dire des divergences de jurisprudence entre les Chambres civiles, cf. *supra* n°425.

¹³⁸⁵ Art. L. 421-5 du Code de l'organisation judiciaire: « *L'assemblée plénière est présidée par le premier président, ou, en cas d'empêchement de celui-ci, par le plus ancien des présidents de chambre. Elle comprend, en outre, les présidents et les doyens des chambres ainsi qu'un conseiller de chaque chambre* ».

¹³⁸⁶ Art. L. 421-4 al. 1^{er} du Code de l'organisation judiciaire : « *Lorsqu'une chambre mixte doit être constituée, elle est composée de magistrats appartenant à trois chambres au moins de la cour* ».

¹³⁸⁷ V. sur ce point A. Perdriau, « La Chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1994, p. 3798 : l'auteur regrette que le recours à ces formations, ne soit parfois « *institué qu'à titre facultatif alors qu'il s'agit de mettre fin à une divergence réelle et durable* », v. égal. P. Deumier, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », *RTD Civ.*, 2013, p. 557 et s.

*puisse exercer la mission qui est la sienne de gardienne du droit, il appartient aux acteurs qui concourent à l'élaboration de sa jurisprudence, quel que soit leur rôle, d'y veiller : à eux de garder le gardien »*¹³⁸⁸.

En toutes hypothèses, ces perspectives d'évolution supposent que la Cour de cassation accepte d'entretenir avec sa jurisprudence un rapport moins feutré, en se référant sans ambages, à son héritage jurisprudentiel.

¹³⁸⁸ E. Piwnica, « A propos des divergences de jurisprudence en matière civile », in *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 306.

CHAPITRE 2 : L'ORIENTATION DE LA DÉCISION VERS UNE SOLUTION NOUVELLE

434. Le moyen au pourvoi, vecteur d'innovation - « *C'est d'abord et avant tout le moyen qui donne naissance à la jurisprudence créatrice. On pourrait même soutenir que, finalement, tout arrêt innovant n'est jamais qu'un copier/coller, une contrefaçon de l'œuvre intellectuelle de l'avocat aux Conseils* »¹³⁸⁹. Par cette affirmation, l'ancien magistrat à la Cour de cassation, Christian Charruault, invite à prendre en compte l'implication de ce professionnel dans l'adoption d'une décision novatrice par la Cour de cassation. Il est vrai que l'avocat est parfois amené, en l'absence de jurisprudence antérieure profitable, à faire preuve d'inventivité afin d'emporter la conviction de son interlocuteur. Avant de rendre compte de ce phénomène, deux précisions s'imposent.

Il convient d'abord d'aller au devant d'un grief éventuel. Les développements à suivre n'entendent pas identifier une relation de cause à effet entre le moyen véhiculant une solution novatrice et la solution finalement adoptée par la Cour de cassation. La juridiction est effectivement libre de céder ou de résister aux élans de créativité de l'avocat pour des raisons qui lui sont extérieures et qui dépassent le champ de cette étude¹³⁹⁰. Autrement dit, le moyen véhiculant une solution novatrice ne constitue qu'une source d'influence, une possibilité d'interprétation laissée à la discrétion de la juridiction.

Il faut par ailleurs définir ce que nous entendons par « *solution nouvelle* » afin de dissiper tout malentendu. Une « *solution nouvelle* » est l'interprétation d'un énoncé législatif, qui n'a encore jamais été retenue par la Cour de cassation. Ainsi, ce qui est nouveau pour la Cour de cassation ne l'est pas nécessairement pour les autres acteurs juridiques¹³⁹¹. Plus précisément, l'avocat aux Conseils assure parfois la circulation d'une solution nouvelle, sans en être l'auteur intellectuel. D'une part, celle-ci a déjà pu être formulée à l'occasion du litige, devant les juges du fond, par les avocats à la Cour, ou leurs clients¹³⁹². D'autre part, elle peut

¹³⁸⁹ Ch. Charruault, « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation 2010*, 15 mars 2010, [en ligne] www.courdecassation.fr. Le moyen au pourvoi est ici envisagé *stricto sensu* et non *lato sensu*, sur cette distinction essentielle, cf. *supra* n°280.

¹³⁹⁰ Elle peut adhérer à l'interprétation novatrice de l'avocat en raison des critiques doctrinales dont elle a fait l'objet sur le point de droit soulevé dans le pourvoi, ou encore, pour limiter le développement d'un contentieux que sa position antérieure favorisait, etc. Dans tous les cas, le secret du délibéré empêche de savoir avec certitude pourquoi elle cède ou non à une invitation à l'innovation.

¹³⁹¹ Une solution nouvelle proposée à la Cour de cassation a pu être posée antérieurement par une autre juridiction souveraine. Les précédents des autres juridictions peuvent en effet être mobilisés par l'avocat, pour convaincre la Cour de cassation de s'en inspirer, mais cette hypothèse ne sera pas ici étudiée.

¹³⁹² En principe, les moyens de cassation ne sont en effet pas nouveaux, sur ce point cf. *supra* n°128.

provenir d'une réflexion doctrinale, spécialement sollicitée pour la résolution du litige sous la forme de consultation¹³⁹³, ou livrée spontanément sous la forme de publications universitaires. Comme le précise l'avocat Dominique Foussard, le pourvoi constitue alors un moyen « *de faire pénétrer au prétoire les raisonnements de la doctrine* »¹³⁹⁴ en vue de convaincre la Cour de cassation de leur pertinence¹³⁹⁵. La solution nouvelle dont se prévaut l'avocat devant la haute juridiction peut donc avoir été originellement imaginée par la doctrine universitaire¹³⁹⁶.

435. Ces précisions permettent de comprendre l'enjeu de ce dernier chapitre. Il s'agit essentiellement de se concentrer sur le discours de l'avocat afin de mettre en lumière les circonstances qui le conduisent à faire preuve d'innovation. Cette recherche indique que l'avocat invite la Cour de cassation à adopter une solution nouvelle dans deux hypothèses.

Dans le premier cas de figure, la prétention du client représenté est à l'origine d'un questionnement juridique, relayé par le pourvoi, qui n'a encore jamais été traité par la Cour de cassation. La nouveauté de la question posée implique alors la nouveauté de la solution proposée par l'avocat, puisqu'il n'existe pas de jurisprudence antérieure en lien avec le point de droit discuté qui puisse être mobilisée (**Section 1**).

Dans le second cas de figure, la prétention de l'auteur du client est à l'origine d'un questionnement juridique qui a déjà été soumis à la Cour de cassation, mais la réponse qui avait été apportée par la juridiction dessert l'intérêt représenté. Dès lors qu'il considère que le recours peut prospérer, l'avocat est donc amené à prescrire l'adoption d'une solution nouvelle et concurrente à celle résultant de la jurisprudence antérieure (**Section 2**).

¹³⁹³ Cf. *supra* n°169.

¹³⁹⁴ D. Foussard, « Le juge et la doctrine, le regard d'un avocat aux Conseils », *Droits*, n°20, 1994, p. 142.

¹³⁹⁵ Dans plusieurs des illustrations de ce chapitre, les interprétations innovantes proposées par l'avocat dans le pourvoi trouvent un écho dans des propositions antérieures de certains membres de la doctrine qui sont en opposition avec les solutions concurrentes admises par la Cour de cassation. V. par ex : la question de la substitution en cas de violation du pacte de préférence ou encore la question de la validité des contrats-cadre en l'absence de prix, cf *infra* n°454 et n°457.

¹³⁹⁶ V. sur ce point : P.-Y. Gautier, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839 et s.

Section 1. La prescription d'une solution nouvelle en l'absence de jurisprudence antérieure

436. La question nouvelle offre à celui qui s'en saisit, ainsi qu'à celui qui pourra y répondre de façon définitive, une liberté argumentative qu'on ne retrouve pas en présence de précédents. En effet, que le litige porte sur une législation nouvelle ou qu'il conduise jusqu'à la Cour de cassation une situation factuelle qu'elle n'a pas encore appréhendée, les différents acteurs du procès, jouissent d'une plus grande liberté dans les opérations de qualification ou d'interprétation juridiques puisqu'ils ne sont pas contraints par la jurisprudence antérieure¹³⁹⁷. C'est ce qui transparaît de la pratique des avocats aux Conseils dans l'élaboration de moyens novateurs en l'absence de jurisprudence antérieure (§1). Pourtant, l'influence des avocats est, dans cette hypothèse, très mince car la solution adoptée par la Cour de cassation, en réponse au moyen novateur, sera, quel que soit le sort qui lui est réservé, inédite, comme en témoigne l'étude des conséquences de cette proposition (§2).

§1. Manifestations

437. L'avocat peut orienter la décision de la Cour de cassation vers une solution nouvelle lorsqu'il saisit la juridiction d'une question qu'elle n'a pas encore eu l'occasion de traiter. Cette pratique peut en effet se rencontrer lorsqu'une loi n'a encore jamais été interprétée (A) ou lorsqu'une situation de fait n'a encore jamais été appréhendée par la Haute juridiction (B).

A. La prétention fondée sur une loi nouvelle

438. La loi nouvelle à l'origine de prétention des justiciables - Lorsqu'une loi nouvelle entre en vigueur, elle peut constituer le fondement à de nouvelles prétentions de la part des justiciables. Elles se trouvent alors sujettes à interprétations, d'abord par les avocats dans un sens profitable à leurs clients, ensuite par les juges. Dans ce contexte, il n'existe généralement

¹³⁹⁷ Sur les contraintes pesant sur les juridictions du fond et les avocats aux Conseils par rapport à la jurisprudence antérieure, cf. *supra* n°347 et s.

pas de solution antérieure qui puisse être utilement invoquée par les interprètes¹³⁹⁸. Cette loi pose des questions qui n'ont pas encore été résolues par la voie judiciaire et contribue à la proposition de solutions nécessairement nouvelles. Aussi modeste soit l'implication de ce professionnel en pareille hypothèse, il faut, dans un souci d'exhaustivité, en donner quelques illustrations.

439. Moyens interprétant le statut ou le domaine de la législation nouvelle - Il semble que, lorsque les justiciables se fondent sur une nouvelle législation pour fonder en droit leur prétention, deux grandes séries de questions se posent. Les premières sont indépendantes du contenu de la législation, elles visent à en déterminer le statut : telle loi est-elle rétroactive ? Telle autre est-elle d'ordre public ? ... Les secondes portent au contraire sur le contenu de la législation, elles visent à définir son domaine ou à préciser le sens des termes qu'elle contient : cette loi est-elle applicable à ce type de contrat ? L'obligation visée par cette loi est-elle de moyen ou de résultat ?... À l'évidence, les illustrations de moyens relatifs à une loi nouvelle ne manquent pas. On en retiendra donc une sélection basée sur la loi du 31 décembre 1989, dite « loi Doubin »¹³⁹⁹.

Cette législation a été imaginée par le gouvernement pour protéger ceux qui décidaient de s'affilier à un réseau de distribution commerciale (par le jeu d'un contrat de franchise ou de concession commerciale notamment) et dont l'inexpérience profitait aux créateurs de ces réseaux qui en abusaient. À cette fin, elle prévoit que *« toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ... »*¹⁴⁰⁰. Cette disposition, devenue l'article L. 330-3 du Code du commerce, a fait l'objet de nombreuses prétentions invitant les praticiens d'abord, et à la Cour de cassation ensuite, à l'interpréter.

¹³⁹⁸ Sauf dans le cas où la loi nouvelle intègre les interprétations antérieures de la Cour de cassation, encore que ces dispositions seront, à leur tour, le point de départ pour de nouvelles interprétations. À noter également que pour certaines questions concernant une loi nouvelle, la jurisprudence antérieure est parfois mobilisée de façon implicite pour orienter la décision finale. C'est le cas par exemple, des normes jurisprudentielles qui encadrent la rétroactivité d'une loi nouvelle en l'absence d'indication du législateur (la rétroactivité étant exceptionnellement retenue en présence d'une loi interprétative ou en raison de son caractère d'ordre public etc.).

¹³⁹⁹ Loi n°89-1008 du 31 déc. 1989 *relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social*, JORF, 2 janv. 1990, p. 9.

¹⁴⁰⁰ Extrait de l'art. 1^{er} de la loi précitée.

440. L'exemple d'un moyen portant sur le statut d'une législation nouvelle, la rétroactivité de l'article L. 330-3 du Code de commerce - La question de la rétroactivité de l'article L. 330-3 du Code de commerce s'est posée discrètement à l'occasion d'un pourvoi qui a finalement été rejeté. L'arrêt en question, inédit, a traité une problématique intéressante, celle de savoir si la disposition était applicable à un contrat conclu antérieurement à son entrée en vigueur mais qui avait fait l'objet d'une reconduction tacite postérieurement à son entrée en vigueur. L'un des avocats s'était fondé sur le principe de non-rétroactivité de la loi prévu à l'article 2 du Code civil¹⁴⁰¹ pour soutenir que l'article L. 330-3 du Code de commerce n'était pas applicable à un contrat conclu antérieurement à son entrée en vigueur « *en cas de tacite reconduction, en l'absence de signature d'un nouvel acte* »¹⁴⁰². La Cour de cassation reste insensible à cette argumentation et retient au contraire que la disposition est applicable à « un contrat postérieur au 1^{er} janvier 1991 [date d'entrée en vigueur de la disposition], fût-il la reproduction du contrat initial par tacite reconduction »¹⁴⁰³.

441. Exemple d'un moyen portant sur le domaine d'une législation nouvelle, l'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce au contrat de location-gérance - La question de domaine d'application de cette disposition a fait l'objet d'un important contentieux qui a permis de déterminer quelles étaient les conventions soumises à cette obligation précontractuelle d'information. Tel fut par exemple le cas à propos du contrat de location-gérance. En l'espèce, une société A avait constitué une filiale, la société B, pour regrouper son activité de distribution de fruits et légumes avant de proposer à plusieurs de ses salariés d'exploiter des fonds de commerce dans ses surfaces commerciales. Ainsi, les salariés intéressés créèrent à leur tour des sociétés pour conclure plusieurs contrats de location-gérance avec la société B. Ces contrats prévoyaient en plus du paiement d'un loyer et d'une redevance calculée sur le chiffre d'affaire, l'obligation pour les locataires de s'approvisionner exclusivement auprès de la société B. À la suite de désaccords entre les partenaires, les locataires assignèrent la société en annulation du contrat de location-gérance en lui reprochant de ne pas avoir respecté l'obligation précontractuelle d'information prévue à l'article L. 330-3 du Code de commerce. La cour d'appel fit droit à leur demande en déclarant la disposition

¹⁴⁰¹ Art. 2 C. civ. : « La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ».

¹⁴⁰² Moyen unique et préalable du pourvoi incident n°00-11.781 (Com., 14 janv. 2003) : « ... que la cour d'appel qui, pour déclarer nul le contrat de concession exclusive conclu entre C. Vela et la SA Hygiène Diffusion, a retenu que cette dernière devait se conformer aux dispositions de la loi pour les contrats conclus à partir du 1^{er} janvier 1991, tout en relevant que le contrat avait été conclu par acte sous seing privé du 1^{er} novembre 1989, et sans constater la signature d'un acte postérieur, a violé l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, ensemble l'article 2 du Code civil ».

¹⁴⁰³ Com., 14 janv. 2003, n°00-11.781.

applicable puisque les contrats conclus se référaient à une charte prévoyant que le locataire « assurera l'intégralité, au travers de fournisseurs référencés et obligatoires, de l'approvisionnement des produits destinés à la vente en magasin »¹⁴⁰⁴. Venant aux droits de la société B ayant succombé en appel, l'avocat discuta l'applicabilité de cette disposition aux contrats de location-gérance en soutenant qu'il faut distinguer entre les contrats dont « l'objet principal est la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne »¹⁴⁰⁵, et ceux dans lesquels cette mise à disposition n'est qu'accessoire. Autrement dit, le contrat de location-gérance faisant partie de la deuxième catégorie, l'article L. 330-3 n'a pas vocation à s'appliquer. Cette interprétation novatrice n'emporta pas la conviction de la Cour de cassation qui décida que cet article était applicable aux contrats de location-gérance dès lors que « pour l'application de ce texte, il suffit que les parties soient liées par des stipulations contractuelles prévoyant d'un côté la mise à disposition de l'enseigne, du nom commercial ou de la marque et d'un autre, un engagement d'exclusivité pour l'exercice de l'activité concernée »¹⁴⁰⁶.

En définitive, l'invocation d'une nouvelle législation est toujours une opportunité pour la Cour de cassation d'en fixer le statut et le sens, par la réponse qu'elle apporte aux moyens développés par l'auteur du pourvoi.

B. La prétention fondée sur un fait inédit

442. Le fait inédit en jurisprudence, à l'origine de nouvelles prétentions - Comme le signale Christian Atias, « *Le juriste a évidemment conscience de rencontrer l'inédit chaque fois qu'il se sent contraint de faire œuvre d'imagination plus ou moins libre ou créatrice. C'est le cas lorsque la situation à régir paraît nouvelle en elle-même* »¹⁴⁰⁷. Un litige peut en effet voir le jour lorsqu'une situation factuelle inédite est à l'origine d'une prétention juridique. Ce

¹⁴⁰⁴ V. les motifs de la CA de Paris reproduits au début du 1^{er} moyen au pourvoi n°95-21.906 (Com., 10 févr. 1998, *Bull. civ.* IV, n°71).

¹⁴⁰⁵ V. 1^{ère} branche du 1^{er} moyen au pourvoi n°95-21.906 (arrêt précité) : « *Alors, d'une part que, l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 n'étant applicable qu'aux conventions dont l'objet principal est la mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, la Cour d'Appel a violé ce texte en l'appliquant à des contrats de location-gérance de fonds de commerce* ».

¹⁴⁰⁶ Com., 10 févr. 1998, n°95-21.906, *Bull. civ.* IV, n°71. Cette branche du moyen est rejetée mais la cassation est encourue sur les autres branches et les 2^{ème}, 3^{ème} et 4^{ème} moyens.

¹⁴⁰⁷ C. Atias, « *Juris dictio : redire l'inédit* », *D.* 1992, p. 281.

fait, qui sera juridiquement qualifié¹⁴⁰⁸, va alors progresser, être appréhendé par les différents acteurs du procès¹⁴⁰⁹ et pourra s'introduire à la Cour de cassation, par l'intermédiaire d'un pourvoi¹⁴¹⁰. Le rôle de l'avocat aux Conseils sera alors de défendre, souvent sur la base des moyens préalablement exposés devant les juges du fond¹⁴¹¹, une interprétation nouvelle de la législation afin que le fait inédit soit traité dans un sens favorable à la prétention de son client.

443. Illustrations - Si on tente d'isoler, à partir des pourvois présentés devant la Cour de cassation, les moyens qui véhiculent une solution nouvelle en vue d'appréhender un fait inédit¹⁴¹², il apparaît que l'avocat a généralement recours à une interprétation novatrice d'un énoncé textuel ou de plusieurs énoncés textuels pour parvenir à faire triompher l'intérêt représenté.

444. L'exemple de la rétention d'informations par l'acheteur d'un bien - Ce fut par exemple le cas lorsque la Cour de cassation avait été saisie en 1991 d'une situation inédite : celle d'un acheteur qui cache au vendeur des informations qu'il aurait eu intérêt à connaître. En l'espèce, une société avait acquis un terrain dans le but d'y édifier un centre commercial. Le projet n'avait pas pu voir le jour puisque le terrain avait par la suite été déclaré inconstructible. La commune, qui avait finalement déclaré le terrain constructible à la suite d'une révision du plan d'occupation des sols, le racheta à la société pour le prix de 112 000 francs sans l'avoir informée de cette évolution en vue de le revendre, six fois son prix d'achat, à une autre société de supermarché avec laquelle elle était déjà en pourparlers. La première société, mécontente, forma alors une demande en annulation de la vente, reprochant à l'acheteur de lui avoir caché de telles informations, sur le fondement du dol visé à l'article 1116 du Code civil. Devant la cour d'appel, sa demande fut rejetée aux motifs que la réticence

¹⁴⁰⁸ V. J. Boré et L. Boré in *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n°65.04, p. 301 : La qualification juridique des faits « consiste à identifier une situation de fait à une notion légale, à déterminer dans quelle catégorie légale rentre le fait ou l'acte dont l'existence a été constatée, et par suite, à apprécier quelle règle juridique lui est applicable », sur le concept de qualification, cf. égal. *supra* n°188.

¹⁴⁰⁹ Notamment par les justiciables, leurs avocats et les juridictions du fond, on parle à leurs sujets d'interprètes opératifs : cf. *supra* n°177 et s.

¹⁴¹⁰ Si le pourvoi peut être exercé par le ministère public dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir (V. par ex. la question inédite de la validité d'une convention de mère porteuse en droit français portée à la connaissance de la Cour de cassation par un pourvoi dans l'intérêt de la loi : Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105, *Bull. Ass. plén.*, n°4), seule nous intéresse, compte tenu de notre sujet, l'hypothèse où l'avocat est à l'origine du recours.

¹⁴¹¹ Sur la question de la nouveauté des moyens en cassation, cf. *supra* n°128.

¹⁴¹² Il faut souligner que les manifestations de cette hypothèse sont infinies puisqu'au final, sauf à avoir été spécifiquement envisagé par la loi, le fait n'obtiendra une coloration juridique qu'une fois porté devant les juridictions par l'opération de qualification juridique, nous en présenterons seulement quelques illustrations.

de la commune, « *non tenue d'informer le vendeur ne peut être constitutive de dol* »¹⁴¹³. L'avocat de l'auteur du pourvoi, s'est alors fondé les article 1116 et 1134 alinéa 3 du Code civil pour soutenir que cette situation était constitutive d'un dol. Dans son premier moyen, il soutient en effet, sur la base de ces dispositions, que l'acheteur qui retient des informations en vue d'inciter le vendeur à consentir à la vente, « *manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence* »¹⁴¹⁴ et reproche en conséquence à la cour d'appel de ne pas avoir donné de base légale à sa décision. Il propose ainsi une interprétation nouvelle des dispositions précitées qui vient concurrencer celle adoptée par les juges du fond, tout aussi nouvelle, à charge pour la Cour de cassation de trancher entre ces deux propositions subjectives de norme par une interprétation authentique qui sera également et nécessairement novatrice.

445. L'exemple de la validité d'un mariage entre deux personnes du même sexe - De même, en 2007, la Cour de cassation a dû se prononcer sur une situation inédite à l'époque de sa saisine : celle d'un maire, officier d'état civil, qui avait procédé au mariage de deux personnes de sexe masculin et transcrit cette union sur les registres de l'état civil, transcription qui avait été annulée par le ministère public. Les hommes dont le mariage fut déclaré nul agirent contre cette décision d'annulation sur la base d'articles du Code civil, de la Convention européenne des Droits de l'Homme, et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La cour d'appel rejeta leur demande à l'issue d'une très longue motivation articulée autour de l'idée que le droit français n'autorise pas le mariage entre deux personnes du même sexe¹⁴¹⁵. Elle affirme en effet que l'article 75 du Code civil « *impose à l'officier d'état civil de recueillir la déclaration de deux personnes de sexe différent qui se prennent pour mari et femme* » et qu'en l'absence d'une intervention législative, elle ne peut reconnaître la validité de ce type de mariage sans risquer de bouleverser les régimes liés au mariage, et notamment celui de la filiation. Venant au soutien des « *mariés de Bègles* », l'avocat aux Conseils repousse la motivation des juges du fond en se fondant sur l'article 75 et 144 du Code civil, 8, 12 et 14 de la Convention européenne et 9 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il soutient, contrairement à la cour d'appel, que les dispositions du Code civil ne font pas de la différence de sexe une condition de validité du

¹⁴¹³ V. motifs de la CA de Colmar rapportés dans le 1^{er} moyen au pourvoi n°89-16.975 (Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n°108).

¹⁴¹⁴ 1^{ère} et 2^{ème} branche du 1^{er} moyen au pourvoi n°89-16.975 (Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n°108).

¹⁴¹⁵ Elle se fonde d'ailleurs sur un vieil arrêt de la Cour de cassation de 1903, qui portait pourtant sur une situation de fait différente : la contestation de la validité d'un mariage aux motifs que l'épouse était dépourvue d'organes génitaux : v. Civ., 6 avril 1903, *D.* 1904, I, p. 395 et cf. *supra* n°227.

mariage et que le droit supranational s'oppose à ce qu'un mariage entre deux personnes du même sexe soit annulé pour cette raison. Il propose donc une interprétation, notamment en ce qui concerne les articles du Code civil, novatrice, jamais encore défendue devant la Cour de cassation, même si elle n'a pas emporté la conviction de la Cour de cassation¹⁴¹⁶.

§2. Conséquences : l'apparition d'une « première décision » relative à la question posée

446. L'étude à suivre requiert d'en définir clairement l'enjeu. Contrairement à l'hypothèse dans laquelle l'avocat porte à la connaissance de la Cour de cassation un questionnement juridique qui lui est familier, les conséquences qui accompagnent la prescription d'une solution nouvelle en l'absence de jurisprudence antérieure ne sont pas réductibles à celles de l'accueil ou du rejet du moyen novateur¹⁴¹⁷. Dans cette situation, la saisine de la Haute juridiction répond en effet à une carence interprétative, qui sera, quelle que soit l'influence exercée par le représentant, comblée. La nouveauté est, en quelque sorte, consubstantielle aux données du litige de sorte qu'indépendamment de la solution défendue par l'avocat, la Cour de cassation sera amenée à se prononcer pour la première fois sur la question relayée par le pourvoi. Ainsi, ce ne sont pas les conséquences liées à la proposition d'une solution nouvelle qui doivent attirer notre attention, ce sont celles qui accompagnent la transmission d'une question inédite.

447. Les conséquences de la transmission d'une question inédite - Sur la base de la décision des juges du fond contestée et en fonction de l'intérêt représenté, l'avocat aux Conseils peut relayer une question inédite dans un ou plusieurs moyens de cassation¹⁴¹⁸. La Cour de cassation est alors chargée de lui apporter, pour la première fois, une réponse. Elle peut choisir, celle retenue par les juges du fond, celle défendue par l'avocat aux Conseils voire même une solution qui lui est propre¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁶ V. la 1^{ère} branche du premier moyen au pourvoi n°05-16.627 et le rejet subséquent : Civ. 1^{ère}, 13 oct. 2007, *Bull. civ.* I, n°113.

¹⁴¹⁷ À l'inverse, lorsque l'avocat propose une solution novatrice en présence de jurisprudence antérieure en lien avec la question posée par son pourvoi, la solution subséquente de la Cour de cassation n'est pas nécessairement nouvelle, elle peut conduire au rejet du pourvoi et à la validation de la solution retenue en appel, laquelle se fonde au contraire sur la jurisprudence antérieure de la Haute juridiction, sur ce point : cf. *infra*, n°459 et s.

¹⁴¹⁸ Rappelons que le ministère public le peut également par le biais d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi ou pour excès de pouvoir : cf. *supra* n°10.

¹⁴¹⁹ Sur les techniques de substitution de moyens ou de motifs, cf. *supra* n°351 et s.

Même si la solution finalement adoptée par la Cour de cassation est généralement rattachée à une loi ou à un principe qui la justifie¹⁴²⁰, elle présente nécessairement un caractère novateur. Ainsi, et comme cela transparaît des exemples que l'on vient d'envisager, les questions portant sur une législation nouvelle (rétroactivité, domaine, etc.) ou portant sur un fait nouveau (célébration d'un mariage entre personne du même sexe, dissimulation d'une information par l'acquéreur d'un bien, etc.) pousse la Cour de cassation à se positionner en livrant une première décision. Si cette première décision pourra de nouveau être débattue à l'occasion d'un litige ultérieur, elle fixe, au moins temporairement, la position de la Cour de cassation quant à la question posée. Sur le plan de la justification de cette « première décision », il apparaît que la décision procède généralement d'une interprétation inédite de la loi ou de l'appel à principe dégagé antérieurement ou concomitamment au litige.

448. Une première décision reposant sur l'interprétation nouvelle de la loi - Dans la plupart des cas, la solution jurisprudentielle à une question nouvelle s'appuie sur une interprétation novatrice d'un énoncé textuel législatif. On peut tirer exemple de cette situation, dans l'étude de l'évolution de la jurisprudence relative aux « *manœuvres* » dolosives visées à l'article 1116 du Code civil. Cet article dispose que « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Au regard de l'intérêt que peut revêtir, du point de vue des justiciables, la reconnaissance d'un dol à la formation d'un contrat¹⁴²¹, ceux-ci, assistés par leurs avocats, n'ont pas hésité à identifier dans divers comportements des contractants l'existence de pratiques dolosives et à les présenter comme telles devant le juge. Ainsi, s'est posée très tôt la question de savoir si, au-delà des actes positifs de tromperie, d'artifices de mise en scène¹⁴²², une simple réticence, c'est-à-dire le simple fait pour un contractant de taire une information utile à son partenaire, pouvait être constitutive de dol. Plus précisément, un plaideur, s'était fondé sur le dol, pour obtenir la nullité d'un contrat de cession de droits successifs, car le cédant, cocontractant de son client, lui avait « *volontairement dissimulé la consistance véritable de la succession* »¹⁴²³. La Cour de cassation repoussa l'argumentation de l'avocat, en décidant que la réticence ne pouvait

¹⁴²⁰ Le fondement est toujours apparent dans les arrêts de cassation mais pas nécessairement dans les arrêts de rejet, cf. *supra* n°338.

¹⁴²¹ Le dol permet d'obtenir l'annulation du contrat mais également, et contrairement à l'erreur, le versement de dommages-intérêts, y compris en cas d'erreur sur la valeur.

¹⁴²² Ils constituent les agissements les plus évidemment dolosifs, comme par ex. un vendeur qui trafique le compteur kilométrique de son véhicule en vente.

¹⁴²³ V. 1^{er} moyen au pourvoi ayant mené à l'arrêt Civ., 6 août 1894, *DP* 1895, I, p. 389.

« en raison de son caractère passif constituer une manœuvre, dans le sens légal du terme »¹⁴²⁴. Ainsi, la Cour de cassation, saisie de cette situation factuelle inédite, interprétait le terme « *manœuvre* » de l'article 1116 du Code civil comme excluant l'hypothèse de la réticence, même si on sait que cette interprétation a finalement été abandonnée depuis¹⁴²⁵. Mais il arrive également que la première interprétation d'un texte par la Cour de cassation ne soit jamais remise en cause, comme c'est généralement le cas des interprétations portant sur la rétroactivité d'une nouvelle législation.

449. Une première décision reposant sur l'interprétation d'un principe énoncé antérieurement ou sur un principe énoncé à l'occasion du litige - Lorsqu'elle ne trouve pas dans la loi une justification satisfaisante ou suffisante de sa décision, c'est parfois par référence à un principe que la Cour de cassation se positionne sur une question nouvelle¹⁴²⁶.

La plupart du temps, le principe invoqué a été posé par la Cour de cassation à l'occasion d'un litige antérieur et se trouve alors réutilisé en vue de résoudre la question nouvelle. Par exemple, le principe d'indisponibilité de l'état des personnes que la Cour de cassation avait découvert en 1975¹⁴²⁷ alors qu'elle était saisie d'une question juridique relative à la transsexualité, lui permit, en 1989, de déclarer illicite l'objet d'une association qui facilite le recours aux conventions de mères-porteuses¹⁴²⁸. De même, le principe du respect des droits de la défense, énoncé pour la première fois en 1953¹⁴²⁹, a été exploité pour répondre à plusieurs questions procédurales nouvelles, et notamment pour justifier l'obligation faite à un avocat aux Conseils commis d'office de déposer un pourvoi, même s'il considère que le recours n'a aucune chance de prospérer¹⁴³⁰.

Il arrive enfin que le principe mobilisé pour répondre à la question nouvelle soit également nouveau, c'est-à-dire énoncé pour la première fois à l'occasion du litige. Tel fut le cas en 1975 lorsque la première Chambre civile, saisie de la question de la reconnaissance juridique de la transsexualité, avait justifié sa solution par l'appel à un principe qu'elle découvrit pour l'occasion. La question était de savoir si un individu de sexe masculin, qui s'était volontairement soumis à un traitement hormonal ainsi qu'à une intervention chirurgicale à

¹⁴²⁴ Civ., 6 août 1894, *DP* 1895, I, p. 389.

¹⁴²⁵ Civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, n°69-12.180, *Bull. civ.* III, n°38 : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter ».

¹⁴²⁶ Sur la nature des principes invoqués par la Cour de cassation pour justifier ses décisions, cf. *supra* n°297.

¹⁴²⁷ V. Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, n°73-10.615, *Bull. civ.* I, n°374.

¹⁴²⁸ V. la réponse à la question unique : Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n°88-15.655, *Bull. civ.* I, n°387.

¹⁴²⁹ Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1953, *Bull. civ.* I, n°353.

¹⁴³⁰ Ass. plén., 30 juin 1995, n°94-20.302, *Bull. Ass. plén.*, n°4 : « Vu le principe du respect des droits de la défense (...) ».

l'étranger en vue de modifier artificiellement ses attributs sexuels, pouvait engager une action d'état en vue de faire modifier, dans son acte de naissance, la mention « sexe masculin » par « sexe féminin ». Insensible à l'argumentation de l'auteur du pourvoi, elle répondit par la négative en se fondant exclusivement sur un principe qu'elle énonça pour la première fois : « le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, au respect duquel l'ordre public est intéressé, interdit de prendre en considération les transformations corporelles ainsi obtenues »¹⁴³¹.

Plus récemment, la Cour de cassation s'est également appuyée sur un principe, découvert à l'occasion du litige pour justifier sa réponse à une question nouvelle. En l'espèce, une société événementielle qui avait organisé, entre 2008 et 2010, l'exposition « *Our Body, à corps ouverts* » à Paris, présentant des corps sous forme de cadavres polymérisés, s'était vue définitivement interdire, en 2010 par la Cour de cassation¹⁴³², la poursuite de l'exposition sur le fondement de l'article 16-1-1 alinéa 2 du Code civil, créée par la loi du 19 décembre 2008. Aux termes de ce texte, adopté postérieurement à cette exposition et principalement en réaction à celle-ci, « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ». L'affaire aurait pu en rester là mais les organisateurs de l'exposition se retournèrent contre leurs assureurs, avec lesquels ils avaient conclu une convention antérieurement à l'entrée en vigueur de cette disposition, à savoir le 7 novembre 2008. Le contrat d'assurance garantissait en effet les conséquences pécuniaires de l'annulation de l'exposition. Ayant succombé en appel, la société organisatrice décida, par l'intermédiaire de son avocat aux Conseils, d'axer le pourvoi sur deux axes : contester la nullité de la convention et le rejet de la responsabilité contractuelle de l'assureur sur le fondement du devoir de conseil. Sur le second point, elle obtient satisfaction, mais sur le premier, celui qui nous intéresse ici, son moyen est écarté. La question était de savoir si le contrat d'assurance, pourtant conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 du Code civil, et antérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation interdisant l'exposition, pouvait être

¹⁴³¹ Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, n°73-10.615, *Bull. civ. I*, n°374. Si la solution a été maintenue pendant plusieurs années, la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, s'est ravisée, en 1992, après que la France ait été condamnée par la CEDH, en admettant le changement juridique de sexe pour les transsexuels : « Vu l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 9 et 57 du Code civil et le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ; « Attendu que lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence ; que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne fait pas obstacle à une telle modification ».

¹⁴³² Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n°09-67.456, *Bull. civ. I*, n°174.

déclaré nul en raison de l'illicéité de sa cause. L'avocat du demandeur, soutenait que « *les conditions de validité d'une convention s'apprécient au regard du droit applicable le jour de sa formation, qu'en estimant néanmoins que le contrat d'assurance conclu le 7 novembre 2008 a une cause illicite quand l'illicéité de l'exposition Our Body / A corps ouvert et donc celle du contrat d'assurance ne résultent, au regard de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 septembre 2010 (pourvoi n°09-67456), que de la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 qui a créé l'article 16-1-1 du Code civil et qui est postérieure à la date de formation du contrat d'assurance litigieux, la cour d'appel a violé l'article 2 et 1131 du Code civil* »¹⁴³³.

La Cour de cassation rejette l'argumentation en retenant, à l'instar de la cour d'appel, la nullité du contrat car sa cause était illicite, contraire au « principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort », principe qui selon la Cour de cassation, « préexistait » à la législation¹⁴³⁴. Non seulement la Cour de cassation découvre un principe pour justifier sa position, mais en plus, elle lui reconnaît une existence antérieure à la loi venant l'énoncer. Comme le signale Daniel Mainguy, il faut donc admettre que « *la Cour de cassation a bien créé un principe et en même temps considéré qu'il existait avant que la loi ne le formule* »¹⁴³⁵.

450. Propos conclusifs - En définitive, c'est plus la transmission d'une question inédite à la Cour de cassation qui importe que la solution préconisée par l'avocat aux Conseils. Certes, il peut parfois chercher à orienter le contenu de la décision à venir et proposer une solution qui fondera la cassation de l'arrêt critiqué, mais son pouvoir de conviction n'est pas plus étendu que celui des juges du fond. C'est bien plutôt en acceptant de relayer une question inédite qu'il joue un rôle. Il déclenche la compétence de la Cour de cassation qui peut alors s'emparer, pour la première fois, d'une interrogation qui se maintenait jusqu'ici en dehors de son champ d'action.

¹⁴³³ 1^{er} moyen au pourvoi n°13-19.729 (Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, *Bull. civ. I*, n°178).

¹⁴³⁴ Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *Bull. civ. I*, n°178 : « Mais attendu que le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ».

¹⁴³⁵ Note sous l'arrêt précité, D. Mainguy, « *À propos d'un principe préexistant à une loi* », *D.* 2015, p. 248. Ce principe avait toutefois été formulé par une autre Cour souveraine, le Conseil d'État. C'est ce que les juges du fond avaient d'ailleurs signalé, v. la partie reproduite des motifs de la CA dans le 1^{er} moyen au pourvoi précité : « *Qu'ainsi le Conseil d'État, dans un arrêt n°124960 du 2 juillet 1993, a jugé que les principes déontologiques fondamentaux relatifs au respect de la personne humaine ne cessaient pas de s'appliquer avec la mort de celle-ci* ».

Section 2. La prescription d'une solution nouvelle en présence de jurisprudence antérieure

451. Parfois, le pourvoi porte à la connaissance de la Cour de cassation une question qu'elle a déjà eu l'occasion de traiter mais propose une solution nouvelle venant concurrencer celle qu'elle avait rencontrée par le passé. Cette pratique se justifie par l'intérêt du client dont la prétention ne serait pas satisfaite si l'avocat mobilisait le précédent en lien avec les données du litige, c'est ce que révèlent ses manifestations (§1). La Cour de cassation se trouve alors invitée à faire preuve d'innovation et nous identifierons alors les conséquences qui accompagnent cette invitation (§2).

§1. Manifestations

452. Lorsqu'un moyen en cassation diffuse une solution juridique nouvelle et concurrente à une solution antérieurement admise par la Cour, c'est afin d'obtenir un résultat concret contraire à celui auquel mènerait la réaffirmation de la solution antérieure, comme en témoignent des pourvois qui ont été examinés en formation de chambre (A) ou en formation spéciale (B).

A. Illustrations devant les Chambres civiles

453. Hypothèses - Il existe de nombreux exemples de pourvois, examinés par les différentes chambres civiles, véhiculant une solution nouvelle par rapport au dernier état jurisprudentiel en lien avec la question posée. Nous en présenterons donc seulement une sélection relative au droit des contrats.

454. La question du prix et la validité des contrats-cadres - En retenant que la détermination du prix était une condition de validité des contrats-cadres, c'est-à-dire des contrats qui prévoient et organisent la conclusion de contrats ultérieures et accessoires, successivement sur le fondement des articles 1591¹⁴³⁶ et 1129 du Code civil¹⁴³⁷, la Cour de cassation avait conclu, dans les litiges concernés, à l'annulation des contrats litigieux.

¹⁴³⁶ V. par ex. : Com., 27 avril 1971, n°70-10.752, n°70-10.753, n°69-13.010, *Bull. civ.* IV, n°107.

¹⁴³⁷ V. par ex : Com., 11 oct. 1978, n°77-11.624, *Bull. civ.* IV, n°225.

Si l'avocat a pour objectif, au regard des intérêts défendus, d'obtenir le maintien de ce type de contrat, menacé par cette solution, alors il n'a pas d'autres choix que de proposer une solution alternative et de se montrer, en l'absence de précédent soutenant sa prétention, innovant. C'est ce qui s'est produit dans le pourvoi ayant mené à un arrêt de la première Chambre civile en date du 29 novembre 1994¹⁴³⁸. En l'espèce, étaient en cause des contrats de location-entretien d'équipements téléphoniques qui se référaient au tarif du bailleur, la société Alcatel, pour la modification et l'extension futures de l'installation. Un différent entre les contractants poussa le locataire à résilier les conventions, et le bailleur réclama le paiement de l'indemnité contractuelle de résiliation. Par demande reconventionnelle, le locataire, invoqua la nullité des conventions pour indétermination du prix sur le fondement de l'article 1129 du Code civil, conformément à ce que retenait la Cour de cassation. Les juges du fond accueillirent la demande¹⁴³⁹. L'avocat aux Conseils, qui soutenaient le bailleur, proposa donc une solution novatrice, jamais retenue par la Cour de cassation, venant concurrencer la solution alors en vigueur : *« les contrats comportant des obligations de faire ne peuvent être annulés pour indétermination du prix, qu'en énonçant néanmoins que l'indétermination du prix (...) entraînait la nullité du contrat, la cour d'appel a violé l'article 1129 du Code civil par fausse application »*¹⁴⁴⁰. Ainsi, il contesta l'interprétation que la Haute juridiction avait jusque-là retenue de l'article 1129 du Code civil, en considérant qu'il n'avait pas vocation à s'appliquer à la question de l'indétermination du prix. C'est cette branche du moyen qui servit de base à la cassation, même si la Cour de cassation retint une solution moins audacieuse, mêlée aux

¹⁴³⁸ Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21.009, *Bull. civ. I*, n°348. Il faut noter que par un autre pourvoi, ayant mené à la même solution (Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°92-16.267, inédit, arrêt de rejet), l'avocat aux Conseils défendait au contraire l'annulation du contrat pour indétermination du prix, s'appuyant ainsi sur la jurisprudence antérieure, comme le prouve le 1^{er} moyen formulé : *« Alors qu'en jugeant ainsi valable le contrat stipulant que le coût d'installation d'une modification ou d'une extension de l'équipement téléphonique, que l'entreprise bailleusesse serait seule habilitée à réaliser ainsi que le supplément de redevance mensuelle afférent à une telle extension ou modification, seraient déterminés sur la base des tarifs en vigueur lors de la réalisation de ces travaux, lesquels feraient l'objet d'un avenant en précisant les conditions financières, ce dont il résultait que leur prix, qui ne dépendait que de la seule volonté de la société installatrice n'était pas déterminable, la Cour d'appel a violé l'article 1129 du code civil »*.

¹⁴³⁹ V. les motifs de la CA rapportés dans le 1^{er} moyen de cassation au pourvoi n°91-21.009 : *« qu'il s'agit de contrat cadre définissant les conditions de location et d'entretien mais aussi les conditions de modifications ; que de tels contrats sont soumis aux dispositions de l'article 1129 du Code Civil ; que le prix du coût des modifications dont le loueur s'était réservé l'exclusivité n'est pas déterminable indépendamment de la volonté du loueur, (...) il convient de prononcer la nullité de l'intégralité des deux conventions (arrêt p. 7 al. 2, 3) »*.

¹⁴⁴⁰ 2^{ème} branche du 1^{er} moyen au pourvoi précité.

considérations de l'espèce¹⁴⁴¹. Ce n'est en effet qu'en 1995 qu'elle franchira le pas de façon décisive¹⁴⁴².

455. La question de la rétention d'information par l'acquéreur d'un bien - C'est également le désir d'obtenir un résultat concret opposé à celui résultant de la jurisprudence antérieure qui a conduit des avocats aux Conseils à proposer une solution nouvelle dans le pourvoi ayant mené à l'arrêt *Baldus*. La question qui était posée à la Cour de cassation était similaire à celle d'un arrêt de 1991, déjà évoqué¹⁴⁴³ : l'acheteur peut-il cacher au vendeur des informations relatives au bien vendu ? La Cour avait décidé que si la rétention d'informations constituait un manquement à la bonne foi, alors la vente devait être annulée pour réticence dolosive imputable à l'acquéreur¹⁴⁴⁴. Les avocats aux Conseils, qui défendaient ici l'acquéreur, ne pouvaient donc pas s'appuyer sur ce précédent, ni même d'ailleurs sur des précédents issus du droit spécial de la vente qui allaient dans le même sens, c'est-à-dire dans un sens défavorable au client représenté¹⁴⁴⁵. Ils devaient, en conséquence, proposer une solution concurrente à ce précédent. C'est ce qu'ils firent : « *il résulte de l'article 1116 du code civil que si le dol peut résulter d'un simple silence, celui-ci ne peut être sanctionné que si une obligation d'information pèse sur son auteur* »¹⁴⁴⁶. Plutôt que de rattacher l'existence d'un dol de l'acheteur au manquement au devoir de bonne foi, le moyen la conditionne à l'existence d'une obligation d'information, qui serait absente en l'espèce, et propose donc une solution venant concurrencer la jurisprudence antérieure, en vue d'obtenir le maintien du contrat de vente.

¹⁴⁴¹ Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21.009 : « Attendu qu'en se prononçant par ces motifs, alors que, portant sur des modifications futures de l'installation, la convention litigieuse faisait référence à un tarif, de sorte que le prix en était déterminable, et qu'il n'était pas allégué que la société GST-Alcatel eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, la cour d'appel a violé les textes susvisés », la deuxième partie de la solution énonce par ailleurs un *obiter dictum*, sur ce point cf. *supra* n°381.

¹⁴⁴² Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.999, n°91-19.653, n°91-15.578, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9.

¹⁴⁴³ Cf. *supra* n°444.

¹⁴⁴⁴ V. Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n°108.

¹⁴⁴⁵ V. par ex. : Com., 27 févr. 1996, n°94-11.241, *Bull. civ.* IV, n°65 : référence est ici faite au devoir de loyauté du cessionnaire dirigeant pour retenir à son encontre une réticence dolosive.

¹⁴⁴⁶ V. 2^{ème} branche du moyen unique au pourvoi n°98-11.381 (Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, *Bull. civ.* I, n°131).

B. Illustrations devant les formations spéciales

456. Hypothèses - Il est moins aisé de trouver, dans les pourvois examinés par une Chambre mixte ou l'Assemblée plénière la proposition par l'avocat d'une solution qui n'a jamais été admise par l'une des chambres de la Cour de cassation. En effet, comme on l'a déjà signalé, ces formations spéciales se réunissent principalement pour prévenir ou pour mettre fin à une divergence jurisprudentielle, soit entre les juges du fond et la Cour de cassation, soit entre les différentes chambres de la Cour¹⁴⁴⁷. Ainsi, l'avocat se contente généralement de rappeler devant ces formations, parmi les solutions antérieurement retenues par la Haute juridiction, celle qui convient le mieux à l'intérêt de son client. Il existe toutefois des hypothèses, parfois favorisées par des vives critiques doctrinales, dans lesquelles la Cour de cassation se saisit d'un problème, qui n'a pourtant pas reçu de réponses divergentes de ses chambres, afin d'arrêter sa position en formation solennelle.

457. La question de la substitution en cas de violation du pacte de préférence - La question de la sanction de violation du pacte de préférence en fournit une bonne illustration. Le pacte de préférence n'est pas défini par le Code civil actuel¹⁴⁴⁸, mais par la doctrine qui le considère comme « *une convention par laquelle une personne, le promettant, s'engage, pour le cas où elle se déciderait à conclure un contrat futur, à offrir par priorité au bénéficiaire du pacte de traiter avec lui* »¹⁴⁴⁹. Lorsque le promettant ne respecte pas son engagement, en réalisant l'opération projetée par le pacte de préférence avec un tiers, la question s'est posée de savoir si le bénéficiaire pouvait demander une réparation en nature et ainsi être substitué dans les droits de ce tiers contractant.

Pendant très longtemps, la Cour de cassation s'opposait à cette possibilité et n'admettait qu'une réparation en équivalent, c'est-à-dire le versement de dommages-intérêts. Cette solution, posée dans les années 1950¹⁴⁵⁰, a été réaffirmée par la première et la troisième Chambre civile¹⁴⁵¹ et la Chambre commerciale¹⁴⁵² et se fondait sur une interprétation de

¹⁴⁴⁷ Sur le rôle des formations extraordinaires de la Cour de cassation, Cf. *supra* n°418 et n°433.

¹⁴⁴⁸ V. toutefois la définition contenue dans la réforme annoncée du Code civil, et plus spéc. le futur art. 1125 : *le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter* ».

¹⁴⁴⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014, *Pacte de préférence.

¹⁴⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 4 mai 1957, *Bull. civ. I*, n°190 : « si les juges du fond appelés à statuer sur la violation d'un pacte de préférence ont la liberté d'accorder le mode de réparation qui leur paraît le plus adéquat au dommage subi, ils ne sauraient cependant autoriser le bénéficiaire du pacte à se substituer purement et simplement au tiers acquéreur dans les droits que celui-ci tient de l'aliénation qui lui est faite par le promettant ».

¹⁴⁵¹ V. Civ. 1^{ère}, 10 juil. 2002, n°00-13.669, *Bull. Civ. I*, n°192; Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, n°95-17.598, *Bull. Civ. III*, n°96.

l'article 1142 du Code civil qui dispose que « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts* ». À l'occasion d'un nouveau litige, des avocats aux Conseils instruisirent un pourvoi contre une décision des juges du fond qui refusait d'admettre la substitution au profit du bénéficiaire lésé d'un pacte de préférence. Aussi, étaient-ils nécessairement contraints de proposer une solution nouvelle et contraire à la position jusque-là défendue par la Cour de cassation. Sûrement inspirés par des propositions doctrinales¹⁴⁵³, ils proposèrent une autre interprétation de l'article 1142 du Code civil selon laquelle la substitution par le bénéficiaire dans les droits du tiers au pacte, c'est-à-dire l'exécution en nature de la convention, doit être prononcée à chaque fois qu'elle est possible, c'est-à-dire à chaque fois que le débiteur du pacte n'est pas dans l'impossibilité matérielle de l'exécuter¹⁴⁵⁴. D'abord porté devant la première Chambre civile, le pourvoi fut renvoyé devant une Chambre mixte, qui modifia sa position en admettant le principe de la substitution même si les conditions posées pour qu'elle soit prononcée par le juge, n'étaient pas réunies en l'espèce¹⁴⁵⁵. Ainsi, si dans cette hypothèse, les avocats n'ont pas obtenu gain de cause, la solution nouvelle qu'ils avaient proposée a été retenue par la Chambre mixte.

458. Ces quelques illustrations permettent de comprendre que l'intérêt du client exige de son représentant qu'il défende, à rebours de la jurisprudence antérieure, une solution juridique qui permet d'aboutir au succès de la prétention défendue. Il va de soi que ces moyens novateurs n'obtiennent pas nécessairement les faveurs de la Haute juridiction, dont la réaction entraîne des conséquences objectives sur lesquelles il convient de s'appesantir.

¹⁴⁵² Com., 27 mai 1986, n°84-14.154, *Bull. civ.* IV, n°144.

¹⁴⁵³ V. not. D. Mazeaud, « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1994, p. 210 et s. ; C. Atias, « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, Chron. p. 203: « *Même si l'obligation née du pacte était de faire, elle devrait pouvoir être exécutée comme celle qu'engendre la conclusion d'une promesse de vente* ».

¹⁴⁵⁴ Certes, le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature lorsqu'elle est possible avait déjà été admis pour d'autres problèmes juridiques par la Cour de cassation, mais la solution proposée par l'avocat est nouvelle en ce qu'elle propose l'application de cette primauté à la question de la substitution comme sanction de la violation du pacte de préférence, v. la 1^{ère} du branche du moyen unique au pourvoi n°03-19.386 (Mixte, 26 mai 2006, *Bull. mixte*, n°4 : « *Alors que l'obligation de faire ne se résout en dommages-intérêts que lorsque l'exécution en nature est impossible, pour des raisons tenant à l'impossibilité de contraindre le débiteur de l'obligation à l'exécuter matériellement ; qu'en dehors d'une telle impossibilité, la réparation doit s'entendre au premier chef comme une réparation en nature (...), la cour d'appel a fait de l'article 1142 du code civil, qu'elle a ainsi violé, une fausse application* »).

¹⁴⁵⁵ Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376, *Bull. mixte*, n°4 : « *Mais attendu que, si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir ; qu'ayant retenu qu'il n'était pas démontré que la société Emeraude savait que Mme X... avait l'intention de se prévaloir de son droit de préférence, la cour d'appel a exactement déduit de ce seul motif, que la réalisation de la vente ne pouvait être ordonnée au profit de la bénéficiaire du pacte* ».

§2. Conséquences

459. Lorsque l'avocat propose, pour un problème juridique donné, une solution nouvelle qui vient concurrencer une solution antérieurement retenue par la Cour de cassation, deux conséquences logiques sont susceptibles de se produire : soit la solution préconisée est retenue par la juridiction, soit elle est écartée. L'intérêt des développements à suivre réside alors dans l'étude des répercussions qui accompagnent l'accueil (A) ou la mise à l'écart du moyen novateur (B).

A. Les conséquences liées à l'accueil du moyen novateur

460. Un accueil entraînant le renouvellement de son positionnement par la Cour de cassation - Lorsque la Cour de cassation adopte la solution novatrice prescrite dans le pourvoi qui vient concurrencer un ou plusieurs de ces précédents, elle renouvelle nécessairement son positionnement sur la question juridique étudiée. Cette nouvelle solution intègre le droit positif et parfois le déstabilise. Il se peut que la nouvelle solution continue de coexister avec une solution précédente ou se substitue à elle de sorte que seule une mise en perspective avec la jurisprudence postérieure autorise à analyser, par rétrospection, les conséquences qui accompagnent l'accueil d'un moyen novateur. Les arrêts qui nous serviront d'illustrations seront donc relativement anciens et permettront d'identifier, dans l'adoption d'une solution novatrice préconisée par l'avocat, l'apparition d'une divergence ou d'un revirement de jurisprudence.

461. L'accueil du moyen novateur à l'origine d'une divergence jurisprudentielle - La divergence est une notion doctrinale qui n'a pas été définie par la Cour de cassation. Comme nous l'avons déjà signalé, elle se manifeste dans la coexistence de deux solutions concurrentes, adoptées par deux chambres civiles distinctes, en vue de répondre à une même question juridique¹⁴⁵⁶. Ainsi, si l'avocat parvient à obtenir la cassation sur la base du moyen venant contrarier une solution antérieure adoptée par une autre chambre de la Cour, alors, en proposant une solution nouvelle, il est impliqué dans l'apparition d'une divergence jurisprudentielle. La situation se rencontre à chaque fois qu'il n'a pas intérêt, compte tenu de la prétention de son client, à rappeler à la chambre saisie une solution qu'une autre a posée.

¹⁴⁵⁶ Sur la définition retenue dans cette étude d'une posture de divergence, cf. *supra* n°419.

Par exemple, alors que la Chambre commerciale avait posé, sur le fondement de plusieurs articles de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance¹⁴⁵⁷, que l'action directe en paiement d'un sous-traitant contre le maître de l'ouvrage ne nécessitait pas que l'entrepreneur principal ait préalablement fait accepter le sous-traitant par le maître de l'ouvrage¹⁴⁵⁸, un avocat aux Conseils, a préconisé la solution inverse dans un pourvoi formé quelques mois plus tard, devant la troisième Chambre civile. Venant au soutien d'un maître d'ouvrage, il ne pouvait en effet que tenter de faire échec à l'action directe exercée par le sous-traitant. Pour ce faire, il a soutenu que son agrément par le maître de l'ouvrage était, contrairement à ce qu'avait décidé la Chambre commerciale, une condition d'exercice de l'action directe : « si l'action directe trouve son fondement dans la loi elle-même et non dans la convention de sous-traitance, il demeure que la loi subordonne l'existence de cette action à l'acceptation du sous-traité par le maître de l'ouvrage »¹⁴⁵⁹. Son moyen inspira directement la troisième Chambre civile qui prononça la cassation en posant dans un chapeau de tête que « les sous-traitants n'ont une action directe contre le maître de l'ouvrage que si celui-ci a accepté chaque sous-traitant et agréé les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance »¹⁴⁶⁰. Sans aucun doute, une divergence d'interprétations entre les chambres de la Cour de cassation, encouragée par l'avocat de l'auteur du pourvoi, était née avec cette solution¹⁴⁶¹.

462. L'accueil du moyen novateur à l'origine d'un revirement jurisprudentiel - Il arrive parfois que le moyen novateur contienne une solution qui est utilisée par la Cour de

¹⁴⁵⁷ Dans cette situation juridique, le maître d'un ouvrage confie à un entrepreneur la réalisation tout ou partie des travaux, par le jeu d'un contrat d'entreprise, et l'entrepreneur sous-traite une partie de cette réalisation auprès d'un sous-entrepreneur, appelée sous-traitant. La loi n°75-1334 du 31 déc. 1975 *relative à la sous-traitance* (JORF, 3 janv. 1976, p. 148) est venue encadrer cette opération juridique. Le titre I « dispositions générales », prévoit en son article 3, l'obligation pour l'entrepreneur de « *faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage* ». Le titre III « de l'action directe », octroie au sous-traitant une action directe d'origine légale au bénéfice du sous-traitant envers le maître de l'ouvrage en cas de défaillance de l'entrepreneur principal.

¹⁴⁵⁸ Com., 19 mai 1980, n°79-10.796, *Bull. civ.* IV, n°203 : « Mais attendu que, même si l'entrepreneur principal n'a pas fait accepter le sous-traitant et n'a pas fait agréer les conditions de paiement du contrat de sous-traitance par le maître de x..., le sous-traitant a, de par la loi, en cas de défaillance de l'entrepreneur principal, une action directe contre le maître de x ».

¹⁴⁵⁹ Extrait du 3^{ème} moyen au pourvoi n°78-16.047 (Civ. 3^{ème}, 29 mai 1980). Le moyen est articulé en deux branches et se fonde notamment sur la violation « *des articles 3, 4, 6, 11 et 12 de la loi du 31 décembre 1975, 1165 du Code civil* ». L'avocat insiste sur la nécessité pour les sous-traitants de « *veiller à ce que les conditions légales d'existence de leurs droits soient remplies, c'est-à-dire d'exiger justification de leur agrément auprès de l'entrepreneur principal* ». Il signale également, que l'action directe, entorse au principe de l'effet relatif des conventions prévue à l'article 1165 du C. civ., n'est admissible qu'en cas d'agrément par le maître de l'ouvrage du sous-traitant.

¹⁴⁶⁰ Civ. 3^{ème}, 29 mai 1980, n°78-16.047, *Bull. civ.* III, n°107 : au visa articles 3 al. 1^{er}, 12 et 13 de la loi du 31 déc. 1975.

¹⁴⁶¹ Elle fut d'ailleurs soldée par l'intervention d'une Chambre mixte, V. Mixte, 31 mars 1981, n°80-12.125, *Bull. mixte*, n°3.

cassation pour opérer un revirement jurisprudentiel. À la différence de la divergence de jurisprudence, le revirement a été appréhendé par la Cour de cassation, tantôt sous l'angle de sa rétroactivité, tantôt sous l'angle de la responsabilité des juristes qui ne l'auraient pas prévu ou tout simplement ignoré. Elle a ainsi pu en définir les contours en précisant qu'il entraînait nécessairement une évolution du droit positif¹⁴⁶² mais qu'il n'était pas forcément imprévisible¹⁴⁶³. On retiendra, pour ce qui nous intéresse, que le revirement consiste en l'adoption par la Cour de cassation d'une solution qui contrarie et qui se substitue au dernier état de la jurisprudence relatif à la question posée. Le revirement correspond en ce sens à une auto-réfutation¹⁴⁶⁴. Ainsi, il ne peut provenir que d'une même chambre civile qui, à propos d'une même question juridique, change de réponse ou d'une formation solennelle de la Cour de cassation. Ce dernier cas a déjà été illustré à travers l'arrêt précédemment étudié, d'une Chambre mixte admettant, à rebours de la jurisprudence antérieure, le principe de la substitution du bénéficiaire d'un pacte de préférence lésé dans les droits du tiers acquéreur¹⁴⁶⁵.

Cela se produit également lorsqu'une chambre abandonne une solution qu'elle avait jusque-là admise en adoptant une solution nouvelle que lui inspire l'un des moyens en cassation. Les revirements de la première Chambre civile, seule compétente en matière de responsabilité des transporteurs, en ce qui concerne l'obligation de sécurité découvert dans le contrat de transport de voyageurs, illustrent bien le rôle des avocats aux Conseils dans le renouvellement de la jurisprudence. On sait en effet que la Cour de cassation a posé dans un vieil arrêt que « l'exécution du contrat de transport comporte (...) pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur saint et sauf à destination »¹⁴⁶⁶ et a précisé que cette obligation est de résultat de sorte que le transporteur ne peut se libérer de son engagement

¹⁴⁶² V. par ex : Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, n°95-22.240, *Bull. civ. I*, n°328 : « Mais attendu, d'abord, que les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans qu'on puisse lui imputer la faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit ; qu'en énonçant que l'on ne pouvait reprocher à M. X... de n'avoir pas prévu un revirement de jurisprudence, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision » ; v. égal. Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n°10-24.550, *Bull. civ. I*, n°214 : « Mais attendu que les éventuels manquements de l'avocat à ses obligations professionnelles ne s'apprécient qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse lui imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution postérieure du droit consécutive à un revirement de jurisprudence ».

¹⁴⁶³ V. par ex : Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n°13-14.363 : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 1999, conforme à une jurisprudence constante selon laquelle une décision de cour d'appel, lorsqu'elle n'est susceptible d'aucun recours suspensif d'exécution, a force de chose jugée dès son prononcé conformément à l'article 500 du code de procédure civile, ne constituait ni un revirement ni même l'expression d'une évolution imprévisible de la jurisprudence ».

¹⁴⁶⁴ Sur le caractère auto-réfutable de la jurisprudence, cf. *supra* n°428.

¹⁴⁶⁵ V. Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376, *Bull. mixte*, n°4 et cf. *supra* n°457.

¹⁴⁶⁶ V. Civ. 21 nov. 1911, inédit, in H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n°276.

qu'en prouvant la survenance d'une cause étrangère¹⁴⁶⁷. Ces solutions novatrices ont favorisé le développement du contentieux et ont ainsi suscité de nouveaux questionnements. Par exemple, la question s'est posée de savoir si les accidents des voyageurs survenus à l'occasion d'un voyage, mais en dehors du véhicule qui les transportait, étaient ou non couverts par l'obligation de sécurité et ainsi soumis au régime de la responsabilité contractuelle. Pendant plusieurs décennies, elle considérait, bien qu'elle finît par distinguer obligation de moyen et de résultat, que ces accidents étaient, au même titre que ceux survenus dans le véhicule, soumis à la responsabilité contractuelle¹⁴⁶⁸. Puis, en 1989, la première Chambre civile a opéré un net revirement en se fondant sur un moyen innovant. L'avocat a en effet soutenu que les accidents de voyageurs se produisant en dehors du véhicule emprunté doivent être couverts par la responsabilité du fait des choses prévue à l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, dans la mesure où le contrat de transport s'achève dès lors que le transporté descend du véhicule¹⁴⁶⁹. La Cour a été sensible à l'argumentation puisqu'elle fonde la cassation sur ce moyen pour affirmer qu'« en dehors de l'exécution du contrat de transport, la responsabilité du transporteur à l'égard du voyageur est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle »¹⁴⁷⁰.

Ainsi, lorsqu'il véhicule une solution nouvelle et concurrente à celle qu'avait posée la Haute juridiction pour résoudre un problème juridique, le moyen novateur est source de renouveau.

B. Les conséquences liées au rejet du moyen novateur

463. Hypothèses - Il est assez fréquent que la Cour de cassation rejette des moyens qui proposent une solution inédite en jurisprudence. Cette exclusion laisse apparaître deux conséquences. La Cour de cassation peut écarter le moyen innovant au profit de la réaffirmation d'une solution qu'elle a antérieurement admise, mais elle peut également opter

¹⁴⁶⁷ V. en premier Civ., 25 juil. 1922, in H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *op.cit.*, loc. cit.

¹⁴⁶⁸ V. par ex. Civ. 1^{ère}, 21 juil. 1970, n°69-11.758, *Bull. civ. I*, n°246 : « Mais attendu que, si l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination, résultant de l'article 1147 du code civil, cesse de s'appliquer lorsque le voyageur a achevé de descendre du véhicule, le transporteur reste tenu encore à son égard à une obligation générale de prudence et de diligence ».

¹⁴⁶⁹ 2^{ème} moyen, subsidiaire, considéré comme de pur droit par la Cour de cassation, donc véritablement nouveau, au pourvoi n°87-11.493 (Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, *Bull. civ. I*, n°118) : « alors que l'accident, survenu du fait d'un train en mouvement dont la S.N.C.F. avait le garde; engageait sa responsabilité sur le fondement de l'article 1384 al. 1^{er} du Code Civil dès lors qu'il était survenu après la descente du train et l'achèvement du contrat de transport ».

¹⁴⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, n°87-11.493, *Bull. civ. I*, n°118.

pour une solution nouvelle par rapport à ses précédents, solution qui n'avait pas été imaginée par les autres acteurs du procès.

464. Une mise à l'écart au profit de la réaffirmation d'une solution antérieure, l'effet de la contrainte de cohérence - Lorsqu'elle est saisie d'une question sur laquelle elle s'est déjà prononcée, il est fréquent que la Cour de cassation se montre cohérente, repoussant ainsi la solution nouvelle que lui propose le pourvoi pour réaffirmer sa position antérieure. C'est l'effet de la contrainte de cohérence qui pèse sur la liberté de la Cour de cassation, et à laquelle nous avons déjà consacré d'importants développements¹⁴⁷¹.

Parfois, la mise à l'écart de la solution contrariant la jurisprudence antérieure n'est que temporaire de sorte qu'elle finira par être adoptée par la Haute juridiction. Ce fut le cas par exemple pour la question de la nécessité d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence insérée dans un contrat de travail. Avant le revirement opéré le 10 juillet 2002 par la Chambre sociale¹⁴⁷², les magistrats refusaient, en l'absence de convention collective ou de stipulation contractuelle contraire, de faire du versement d'une contrepartie financière, une condition de la validité de la clause de non-concurrence¹⁴⁷³. Pourtant, on trouve avant cette date des pourvois véhiculant la solution inverse invitant la juridiction à renouveler son point de vue. Dès 1982, un pourvoi reprochait en effet aux juges du fond d'avoir déclaré valable la clause de non-concurrence, alors « *qu'elle était stipulée sans qu'une indemnité soit prévue au profit* » du salarié¹⁴⁷⁴. C'est également cette solution qui était promue dans un pourvoi examiné en 1993¹⁴⁷⁵. Ces moyens furent rejetés par la Cour de cassation qui réaffirma sa position antérieure, sur la base des motifs de la décision critiquée, la validité de cette clause « n'est pas subordonnée à l'octroi au salarié d'une compensation financière »¹⁴⁷⁶. C'est seulement dix ans plus tard qu'elle décida d'abandonner définitivement cette solution.

¹⁴⁷¹ Cf. not. *supra* n°347 et s.

¹⁴⁷² Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.135, *Bull. civ. V*, n°239 : « Mais sur le premier, (...) Attendu qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle (...) comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière ».

¹⁴⁷³ V. pour des ex. anciens : Soc., 3 juil. 1967, *Bull. civ. V*, n°135 ; Soc., 20 janv. 1972, n°70-40.545, *Bull. civ. V*, n°34.

¹⁴⁷⁴ Extrait du 2^{ième} moyen au pourvoi n°79-42.739 (Soc., 6 mai 1982, *Bull. civ. V*, n°279), pris en violation de l'article 1131 du C. civ.

¹⁴⁷⁵ V. le 1^{er} moyen au pourvoi n°90-45.045 (Soc., 20 oct. 1993).

¹⁴⁷⁶ Soc., 6 mai 1982, n°79-42.739, *Bull. civ. V*, n°279 ; v. égal. Soc., 20 oct. 1993, n°90-45.045 : « Mais attendu que la cour d'appel a exactement énoncé que l'absence de contrepartie pécuniaire n'était pas une condition de validité d'une clause de non-concurrence ; qu'ayant constaté qu'aucune disposition contractuelle ou conventionnelle prévoyant une telle contrepartie n'était applicable au salarié, elle a, sans encourir les griefs du moyen, justifié sa décision ».

Dans d'autre cas en revanche, la Cour de cassation reste insensible à la tentation du renouveau jurisprudentiel¹⁴⁷⁷. C'est ce qui transparaît de l'étude de la jurisprudence. Par exemple, depuis que la Cour de cassation a affirmé que les « instructions et circulaires administratives, sans lier les juges, n'obligent que les fonctionnaires auxquels elles sont adressées et dans les sphères de leurs fonctions »¹⁴⁷⁸, les pourvois qui ont véhiculé une solution concurrente et contraire ont tous été rejetés au profit de la confirmation de l'inopposabilité des circulaires administratives au juge judiciaire. Ainsi, en 1992, un pourvoi qui reprochait à la cour d'appel de Paris de ne pas avoir pris en compte une circulaire, privant ainsi leur décision de base légale¹⁴⁷⁹, a été rejeté aux motifs que les juges du fond « n'avaient pas à s'expliquer sur une circulaire administrative »¹⁴⁸⁰.

La constance de la Cour de cassation a également été éprouvée quant la possibilité pour les juges de réviser un contrat lorsque l'un des contractants se trouve obligé d'exécuter une obligation alors que la survenance de circonstances nouvelles et imprévisibles rend cette exécution plus difficile, plus onéreuse ou les deux à la fois. Dans un célèbre arrêt de 1876, la Cour de cassation a posé, sur le fondement de l'article 1134 du Code civil qu'« il n'appartient pas aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celle qu'elles ont librement acceptées ». Cette solution n'a jamais été abandonnée. Certes, le contrat peut prévenir une telle hypothèse¹⁴⁸¹, et des exceptions légales ont été instaurées¹⁴⁸², mais le principe demeure celui du rejet de la théorie de l'imprévision. Si certains ont pu voir dans des arrêts ultérieurs sa remise en cause, les solutions dégagées n'ont jamais consacré la révision judiciaire du contrat pour

¹⁴⁷⁷ Il faut préciser que rien ne nous permet d'affirmer avec certitude que la Cour ne finira pas par renverser des solutions qui semblent définitivement acquises.

¹⁴⁷⁸ Civ., 23 oct. 1950, *Préfet du Nord c/ Mélis*, *Bull. civ.* II, n° 302.

¹⁴⁷⁹ V. 3^{ème} branche du 2^{ème} moyen au pourvoi n°90-18.391 (Civ. 3^{ème}, 26 mai 1992, *Bull. civ.* III, n°167) : « Alors que (subsidièrement) les composants de la construction visés par l'article 1792-4 du Code civil sont définis comme des EPERS par la circulaire du Ministère de l'Environnement et du Cadre de Vie du 21 janvier 1981 ; que dès lors, en ne recherchant pas si le produit Revcoat répondait aux critères définissant un EPERS, l'arrêt attaqué a privé sa décision de base légale au regard de la circulaire ministérielle susvisée du 21 janvier 1981 prise pour l'application de l'article 1792-4 du Code civil ».

¹⁴⁸⁰ Civ. 3^{ème}, 26 mai 1992, n°90-18.391, *Bull. civ.* III, n°167.

¹⁴⁸¹ Des clauses, d'inspiration anglo-saxonnes ont été imaginées pour résoudre la question des circonstances nouvelles qui viennent bouleverser les prévisions contractuelles, comme la clause de *hardship* ou la clause *MAC* (material adverse change clause), permettant entre autres, d'exiger une renégociation du contrat.

¹⁴⁸² V. par ex. : pour le bail à ferme, l'art. 1769 du C. civ. : « Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes » ; la loi n°49-420 du 25 mars 1949 révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers, *JORF*, 26 mars 1949, p. 3156, modifiée depuis, mais qui prévoit encore la possibilité pour le crédit-rentier d'obtenir la majoration de sa rente en cas de survenance de circonstances économiques nouvelles (Art. 2 et 2.bis), reconnues par la Cour de cassation (V. Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1969, *Bull. civ.* I, n°309).

imprévision¹⁴⁸³. Face à cette position ferme de la Cour de cassation, les pourvois qui ont tenté de la pousser à l'abandonner ont tous été rejetés au profit de la réaffirmation de la solution de 1876¹⁴⁸⁴, si bien qu'aucun avocat aux Conseils ne semble plus s'aventurer à formuler une telle demande.

465. Une mise à l'écart au profit de l'affirmation d'une solution novatrice propre à la Cour de cassation, la technique du moyen relevé d'office - Plus rarement, la solution novatrice qui est proposée par le pourvoi est écartée au profit d'une autre solution, également nouvelle, mais propre à la Cour de cassation. Comme nous l'avons expliqué, la juridiction s'est en effet arrogée des techniques lui permettant de substituer aux solutions proposées successivement par les juges du fond et les avocats du demandeur, sa propre solution. Ainsi, lorsqu'elle ne retient pas la solution nouvelle relayée par le moyen en cassation mais qu'elle désire malgré tout renouveler son positionnement, elle s'autorise de temps à autre à fonder la cassation sur un moyen substitué dont elle est l'auteur exclusif¹⁴⁸⁵.

Les exemples d'une telle situation sont rares puisque la nécessité pour l'avocat de proposer une solution nouvelle ne se rencontre que lorsque le problème relayé par le pourvoi a rencontré une réponse contrariant l'intérêt représenté et univoque de la part de la Cour. Or, la jurisprudence antérieure est souvent marquée par des solutions sinon contradictoires, au moins concurrentes qui peuvent en conséquence être mobilisées en vue de résoudre le litige, par les avocats, mais également par la Haute juridiction. Ainsi, il est très malaisé de trouver un pourvoi relayant une solution inédite aboutissant à un arrêt de cassation retenant une autre solution inédite. Il semble toutefois que c'est cette situation qui se rencontre dans deux des trois arrêts de cassation du 10 juillet 2002, ayant opéré un revirement de jurisprudence sur la question de l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence insérée

¹⁴⁸³ V. par ex. les arrêts suivants et leurs interprétations doctrinales : arrêt *Huard* : Com., 3 nov. 1992, n°90-18.547, *Bull. civ.* IV, n°338, *JCP* 1993, II, 22164, note G. Virassamy, *RTD Civ.*, 1993, 124, obs. J. Mestre ; et l'arrêt *Chevassus-Marche* : Com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, *Bull. civ.* IV, n°277, *JCP* 1999, I, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *Deffrénois*, art. 36953, p.371, obs. D. Mazeaud, *Contr. conc. consom.* 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal, *RTD Civ.*, 1999, p. 98, obs. J. Mestre, Civ. 1^{ère} 16 mars 2004, n°01-15.804, *Bull. civ.* I, n°86, DC 2004/3, p. 642, obs. D. Mazeaud, *D.* 2004, p.1754, note D. Mazeaud, *RTD Civ.*, 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages. Comme le précisent plusieurs auteurs, la surinterprétation de ces décisions ont poussé les hauts magistrats à préciser, individuellement dans des articles de revues juridiques, ou collectivement dans les rapports annuels de la Cour de cassation, que ces solutions ne consacraient pas la révision du prix pour imprévision, v. not. H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 2, Dalloz, 12^e éd., 2008, n°165, p. 188.

¹⁴⁸⁴ V. par ex et déjà le 1^{er} moyen au pourvoi ayant conduit à l'arrêt Civ., 8 août 1900, S. 1903.1.46 : le moyen unique au pourvoi ayant conduit à l'arrêt Civ., 6 juin 1921, *D.* 1921, I, 73, rapp. A. Colin.

¹⁴⁸⁵ Rappelons que cette substitution n'est pas toujours aussi manifeste qu'on pourrait le croire, en ce sens que se dissimule parfois derrière un arrêt de cassation fondée sur l'un des moyens au pourvoi, une solution que l'avocat n'avait en réalité pas proposée. Sur la pratique de la substitution de moyens déguisée, cf. *supra* n°357.

dans un contrat de travail. Pour dire qu'une « clause de non-concurrence n'est licite que si (...) elle comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière », solution entièrement nouvelle, la Cour de cassation a dû relever à un moyen d'office, faute de trouver dans ceux développés par les avocats, une base aux cassations prononcées¹⁴⁸⁶. Dans le troisième arrêt en revanche, l'auteur du pourvoi propose à la Cour de cassation la solution qu'elle va finalement retenir, il lui évite ainsi de recourir à cette technique discrétionnaire pour parvenir à ces fins¹⁴⁸⁷.

*
* *

¹⁴⁸⁶ Soc., 10 juil. 2002, n°00-45.387, n°99-43.334 et n°99-43.336, *Bull. civ. V*, n°239.

¹⁴⁸⁷ V. le moyen unique au pourvoi n°00-45.135 (Soc., 10 juil. 2002, *Bull. civ. V*, n°239) : notons que le demandeur, qui n'est pas représenté par un avocat aux Conseils (ce qui est désormais impossible), propose la solution nouvelle « le salarié est en droit de prétendre dès son départ effectif de l'entreprise au versement de l'indemnité compensatrice de la clause de non concurrence » mais qu'il se fonde sur un précédent qui ne portait pourtant pas sur la même question puisque l'indemnité était dans cet arrêt exigée au titre de la convention collective applicable.

CONCLUSION DU DEUXIÈME CHAPITRE

466. L'auteur d'un moyen en cassation qui prescrit l'adoption d'une solution novatrice agit comme un promoteur d'idées dans le processus de construction de la jurisprudence. Il intervient soit pour proposer une solution concurrente à un précédent jurisprudentiel qui ne convient pas à l'intérêt représenté, soit pour proposer une solution dont la nouveauté résulte tout simplement des données du litige.

467. Le moyen contrariant la jurisprudence antérieure - Dans le premier cas, les propositions de l'avocat perturbent la stabilité jurisprudentielle puisque, dans l'intérêt de son client, il va prescrire à la Cour de cassation une solution nouvelle et concurrente à celle qui aurait pu être appliquée dans le litige. Ainsi, l'idée selon laquelle l'éthique des avocats aux Conseils permet toujours « *une mise en œuvre uniforme de la règle de droit* »¹⁴⁸⁸ trouve une limite naturelle dans la rationalité de cet acteur. Il est des cas où le représentant accepte, en dépit du dernier état de la jurisprudence, d'instruire le pourvoi d'un client, et alors il n'a pas d'autre choix que de promouvoir la signification d'un texte qui n'a jamais encore été retenue par la Cour de cassation.

468. Le moyen contribuant à la jurisprudence novatrice - Dans le second cas en revanche, c'est la spécificité de l'affaire qui suppose que l'interprétation de l'avocat soit nouvelle. D'ailleurs, la Cour de cassation, saisi par la question relayée dans le pourvoi, y apportera également une réponse inédite. L'innovation ainsi proposée est conséquente aux données du litige. En toutes hypothèses, ces situations, qui sont souvent le moyen de faire cheminer les propositions doctrinales jusqu'à la Cour de cassation voire même un moyen de les déclencher¹⁴⁸⁹, sont révélatrices de ce que la Haute juridiction se nourrit parfois de l'argumentation des avocats aux conseils lorsqu'elle fait preuve d'innovation.

*

* *

¹⁴⁸⁸ G. Thouvenin, « L'éthique des avocats aux Conseils », Justice et cassation, 2015, p. 317.

¹⁴⁸⁹ À propos des réactions doctrinales suscitées par des arrêts novateurs, v. *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Journées italiennes, t. XXXI, 1980, Paris, Economica, 1982 et not. le rapport français de Ph. Malaurie, p. 81 et s.

CONCLUSION DU DEUXIÈME TITRE

469. Alors que dans le titre précédent, nous avons étudié comment la mise en perspective, rendue possible par le pourvoi, de la solution critiquée et de la solution défendue par l'avocat posait un cadre à l'interprétation de la Cour de cassation, ce titre nous aura permis de nous focaliser sur le seule argumentation du représentant. Évidemment, celle-ci ne peut à elle seule, déterminer la solution finale de la Cour de cassation, qui reste libre d'adhérer au raisonnement des juges du fond ou d'adopter une solution qui lui est propre. Son étude permet toutefois de mieux comprendre la méthodologie employée par l'avocat dans l'élaboration des moyens de cassation et valide également certaines des propositions que nous avons faites dans les développements précédents, et notamment celle selon laquelle l'avocat se réfère à la jurisprudence antérieure dès lors qu'elle avantage son client.

470. L'interprétation de l'avocat généralement construite à partir de la jurisprudence antérieure - Fin connaisseur de la jurisprudence antérieure, l'avocat du demandeur au pourvoi n'hésitera pas à la mobiliser, de façon plus ou moins ostensible, en vue de convaincre la Cour de cassation d'inscrire sa décision à venir dans un ensemble jurisprudentiel cohérent. La référence au précédent se justifie à chaque fois qu'elle sert l'intérêt représenté et emporte des conséquences qui dépassent cette préoccupation partisane. Confrontée à une solution issue de la jurisprudence antérieure, la Chambre de la Cour saisie par le pourvoi est en effet amenée à se positionner par rapport à elle, en précisant le cas échéant, sa portée. Si, la plupart du temps, les moyens en cassation conduisent la Cour de cassation à se tourner vers son héritage jurisprudentiel, il arrive parfois et au contraire qu'ils l'invitent à faire preuve d'innovation.

471. L'interprétation de l'avocat, exceptionnellement novatrice - L'avocat ne se limite pas à citer une jurisprudence, il lui arrive d'en proposer une. C'est le cas lorsqu'il se fait le relai d'une question inédite, ou encore lorsqu'il ne trouve pas dans la jurisprudence antérieure de solutions menant au résultat concret escompté par son client. Le mandataire, qui propose alors un moyen novateur, peut alors se faire volontiers le porte-voix de solutions qui ont été dégagées par d'autres (avocat à la Cour, membre de la doctrine) dès lors qu'elles servent la prétention défendue. Face à cette sollicitation, la Cour de cassation, maître de ses

réponses, est amenée à se positionner pour la première fois dès lors que la question qui lui est posée est inédite. Elle a l'opportunité d'adopter des positions de dissidence ou de revirement lorsque saisie d'une question qui lui est familière, l'avocat l'invite à renouveler son positionnement. Finalement, et comme le signale le doyen Carbonnier, c'est l'avocat aux Conseils qui invente « *réellement les systèmes nouveaux d'interprétation ou de construction juridique* »¹⁴⁹⁰ même si c'est la Cour de cassation qui les rend *in fine* normatifs.

472. L'avocat aux Conseils est donc l'interlocuteur privilégié de la Cour de cassation dont il connaît parfaitement l'œuvre et les aspirations. Ses connaissances techniques lui permettent alors d'exercer une influence sur la Haute juridiction qui, lorsqu'elle y cède, trouve dans le moyen à l'origine de la cassation, une justification du caractère tantôt cohérent, tantôt novateur de sa décision.

*
* *

¹⁴⁹⁰ J. Carbonnier, *Droit civil: introduction*, 25^e éd., Paris, PUF, 1997, n°146.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

473. La portée du discours de l'avocat du demandeur sur l'œuvre décisionnelle de la Cour de cassation - Le discours de l'avocat aux Conseils, tel qu'il se présente dans les moyens de cassation, est produit afin que le litige qui justifie son existence soit résolu conformément à l'intérêt de l'auteur du pourvoi. Si l'avocat est soumis dans l'élaboration de ses écritures à une série de contraintes principalement produites par la Cour de cassation, tout l'enjeu de cette deuxième partie était de montrer qu'il exerce réciproquement une action sur l'œuvre décisionnelle de cette juridiction. Cette action est double. La première, qui s'analyse comme une situation juridiquement contraignante, est systématique et résulte de l'existence et du contenu du pourvoi en cassation. La seconde, qui s'analyse comme une simple influence, correspond à l'hypothèse où l'interprétation recommandée par l'avocat du demandeur invite la Cour de cassation à se montrer cohérente ou innovante par rapport à sa jurisprudence antérieure.

474. Un discours à l'origine d'un cadre interprétatif exerçant généralement une contrainte sur la liberté décisionnelle de la Cour de cassation - De prime abord, on est tenté de penser que l'avocat du demandeur n'exerce qu'une simple influence sur la liberté décisionnelle de la Cour de cassation dans la mesure où la juridiction est toujours libre de rejeter le pourvoi. Mais une étude plus attentive des effets de son discours montre qu'indépendamment de la volonté partisane du représentant et de son incidence sur la décision finale, le pourvoi est systématiquement à l'origine d'un cadre décisionnel qui restreint les possibilités de choix de la Haute juridiction.

L'avocat détermine en effet les questions juridiques soumises à la Cour de cassation car il maîtrise l'*effet dévolutif du pourvoi* et développe des moyens au soutien de la prétention de son client. Or, une analyse attentive des éléments compris dans un moyen de cassation révèle qu'ils ne contiennent pas seulement l'interprétation législative élaborée par l'avocat et recommandée au juge suprême pour justifier la cassation, ils rapportent également, sous peine d'irrecevabilité, l'interprétation retenue par les juges du fond et critiquée par le pourvoi. Ainsi, la liberté d'interprétation de la Cour de cassation n'est pas totale, puisqu'elle s'exerce généralement sur la base des moyens qui lui sont présentés. Que la juridiction rejette le pourvoi ou qu'elle casse l'arrêt des juges du fond, sa décision se résume en effet la plupart du temps à un choix binaire consistant à opter soit pour l'interprétation choisie par les

juridictions inférieures, soit pour l'interprétation invoquée par l'avocat de l'auteur du pourvoi. Le discours de l'avocat du demandeur est donc à l'origine d'un cadre, subjectivement défini, qui détermine la décision finale.

Ce cadre crée une *contrainte de justification* qui conduit la Cour de cassation à l'appliquer car cette application lui permet de préserver son pouvoir institutionnel. Une étude empirique de la jurisprudence indique en effet qu'elle n'use que très rarement, et seulement lorsqu'elle veut faire preuve d'innovation, de techniques lui permettant de redéfinir (technique de substitution de moyens ou de motifs) ou de dépasser le cadre prédéterminé par le pourvoi (*obiter dictum*). Un usage trop fréquent de ces mécanismes d'origine prétorienne révélerait la grande liberté d'interprétation dont elle jouit et pourrait menacer son pouvoir, ce qui est inconcevable du point de vue de cet *homo juridicus*. Comme l'a écrit Corneille, « *qui veut pouvoir tout ne doit pas tout oser* »¹⁴⁹¹.

Si la seule existence du discours de l'avocat aux Conseils réduit donc la plupart du temps les possibilités de choix de la Cour de cassation, l'étude de son contenu permet par ailleurs de soutenir qu'il participe à la cohérence jurisprudentielle. Les interprétations relayées par le pourvoi (celle adoptée par les juges du fond et celle recommandée par l'avocat) sont en effet généralement construites à partir de la jurisprudence antérieure de la Haute juridiction. D'une part, les juges du fond sont soumis dans leur liberté d'interprétation à une *contrainte hiérarchique* qui les pousse en principe à justifier leur dispositif par une interprétation antérieure de la Cour souveraine. D'autre part, l'avocat du demandeur a tout intérêt à exploiter un précédent de la Cour de cassation dès qu'il sert l'intérêt de son client afin de contraindre la juridiction à le réaffirmer, c'est la *contrainte de cohérence*. Les interprétations transportées par les moyens de cassation sont en conséquence rarement novatrices.

En définitive, dès lors que la Cour de cassation exerce généralement sa liberté décisionnelle à l'intérieur du cadre prédéterminé par l'avocat aux Conseils, et que ce cadre véhicule la plupart du temps les précédents de la Cour de cassation, alors il se produit un *effet de circularité* qui explique la cohérence jurisprudentielle de la Cour de cassation.

475. Un discours prescrivant une interprétation législative orientant le sens de la décision de la Cour de cassation - Le moyen de cassation exerce par ailleurs une influence sur la décision finale de la Cour de cassation. Bien sûr, la juridiction est souveraine et peut très bien ne pas être sensible à l'interprétation législative recommandée par le moyen de

¹⁴⁹¹ P. Corneille, *Don sanche d'Aragon, comédie héroïque*, 1649, Acte II, scène première, rééd., Paris, Ch. Degraive, 1896.

cassation, en rejetant le pourvoi. Par ailleurs, quand bien même son arrêt est de cassation, le secret du délibéré empêche de savoir ce qui a précisément influencé les magistrats. Ainsi, la recherche de l'influence exercée par le discours de l'avocat du demandeur ne présente que peu d'intérêt. En revanche, indépendamment de la volonté de persuader l'interlocuteur juridictionnel du bien-fondé des moyens de cassation, volonté consubstantielle à l'activité de représentation en justice, il est possible de dégager des constantes dans le travail argumentatif de l'avocat. Un examen approfondi des moyens de cassation révèle en effet que les moyens invitent la Cour de cassation à inscrire sa décision soit dans la continuité de sa jurisprudence, soit en rupture avec son œuvre jurisprudentielle antérieure.

La plupart du temps, le moyen recommande l'adoption d'une interprétation construite à partir de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Lorsqu'il existe dans les précédents de la Cour de cassation, une solution qui sert l'intérêt de l'auteur du pourvoi, son avocat a tout intérêt à l'utiliser et en demander l'application à la juridiction. Cette demande est souvent implicite puisque conformément aux habitudes de la Cour de cassation, il n'est pas d'usage de se référer ouvertement à un arrêt antérieur. Cette tendance fréquente des avocats à se reporter, dans leurs pourvois, à la jurisprudence met en lumière les différentes postures que peut adopter la chambre saisie par le recours. Celle-ci peut en effet adopter une position de cohérence, de dissidence ou de revirement par rapport à la jurisprudence antérieure. Elle peut également fournir des informations sur le précédent qui lui est rappelé en précisant sa portée temporelle ou son domaine d'application.

Plus exceptionnellement, le moyen recommande l'adoption d'une interprétation législative novatrice. Cette interprétation innovante, s'inspirant parfois de travaux universitaires, intervient dans deux contextes. Dans le premier contexte, la nouveauté provient tout simplement des faits de l'espèce, qui n'ont pas encore été appréhendés par la Cour de cassation (en ce sens qu'ils n'ont pas encore reçu de qualification juridique authentique). En pareille hypothèse, la décision à venir sera également et nécessairement novatrice. Dans le second contexte en revanche, la nouveauté de l'interprétation recommandée par l'avocat s'explique par l'absence, dans la jurisprudence antérieure, de précédent servant l'intérêt du client. Le représentant, dont le but est de proposer une solution juridique qui garantisse le succès de la prétention du mandant, est alors amené à proposer une interprétation en rupture avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Mais là encore, l'interprétation n'est que suggérée, c'est la Cour de cassation qui est titulaire du dernier mot. Elle peut alors considérer le moyen comme infondé ou l'utiliser utilement pour renouveler sa jurisprudence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Comment la Cour de Cassation se décide ? Certains s'étonneront de la question et de répondre : selon la loi, toute la loi, rien que la loi. Pieuse hypocrisie qui ne résout rien... Si par hypothèse, le sens de la loi est contesté, il faut dire comment la Cour arrive à choisir telle ou telle signification. La forme des arrêts permet-elle d'attribuer à la logique un rôle essentiel ? Je dis que cette forme est appliquée après coup mais n'a pas servi à trouver la solution »¹⁴⁹².

476. Le champ de l'étude - La conclusion générale d'une étude s'expose toujours à l'écueil de la généralisation. Pour échapper à ce travers, il faut rappeler le contexte dans lequel ce travail prend place avant de présenter ses enjeux et les résultats auxquels nous sommes parvenus.

L'avocat aux Conseils est l'auteur d'un discours adressé à la Cour de cassation. Lorsqu'un pourvoi est exercé, le représentant du demandeur développe en effet des moyens de cassation qui sont systématiquement visés par la Haute juridiction et qui sont intégrés ou annexés à ses arrêts. Le discours de l'avocat, tel qu'il se manifeste dans les moyens au pourvoi, s'offre ainsi à une étude approfondie. De nombreux praticiens lui ont d'ailleurs déjà consacré des réflexions éclairantes. Aussi instructives que soient ces réflexions, elles ne sondent pas, d'un point de vue théorique, le lien qui unit le discours de l'avocat aux décisions de la Cour souveraine, et plus exactement encore le lien qui unit le discours de l'avocat à la production des normes juridiques par la Cour souveraine. Si c'est sur un terrain vierge que notre réflexion s'est édifiée, elle s'est en revanche développée dans un champ disciplinaire spécifique, la théorie du droit. Plus précisément, notre recherche entend s'inscrire dans le prolongement des travaux qui ont été engagés à propos de la nature du discours de l'avocat, par Kelsen, dans la *Théorie pure du droit*, et par l'école réaliste française, dans la *théorie réaliste de l'interprétation* et la *théorie des contraintes juridiques*.

477. Les enjeux de l'étude - Même si Kelsen et Michel Troper ne retiennent pas la même définition du droit, ils rangent le discours de l'avocat au côté du discours doctrinal dans une même catégorie destinée à l'indifférence. Qu'elles relèvent de l'activité « *politique* » (au sens de la *TPD*) ou de l'activité « *dogmatique* » (au sens de la *TRI*), les interprétations de l'avocat n'attirent pas particulièrement leur attention car elles ne sont ni scientifiques, ni normatives, mais sont simplement le reflet des intentions de son auteur. Pourtant, en dehors

¹⁴⁹² P. Bellet, « Grandeur et servitudes de la Cour de Cassation », *RIDC*, vol. 32, 1980, p. 297.

de ces caractéristiques communes, tout porte à croire qu'il existe des différences sensibles entre le discours de l'avocat et le discours doctrinal et que cette assimilation repose, en réalité, sur une perception biaisée du travail des avocats à la Cour de cassation. Il était alors requis, en préalable, de déterminer précisément la nature de ce discours pour asseoir sa singularité par rapport à des discours voisins et montrer qu'il présente un intérêt majeur du point de vue de la théorie du droit. À cette fin, l'approche ne pouvait être que réaliste. D'abord parce que l'ontologie normativiste empêche *ab initio* de s'intéresser aux actes de volonté qui n'ont pas la signification objective de normes, à l'image du discours de l'avocat. Ensuite parce que la théorie réaliste propose une explication du phénomène juridique qui nous paraît beaucoup plus convaincante. Elle ne s'oppose pas en effet à une étude scientifique du discours étudié dès lors qu'elle offre un nouvel éclairage sur le processus qui aboutit à la création normative. Notre thèse propose à ce titre une théorie du discours de l'avocat, tel qu'il est observable dans les moyens de cassation, en vue de montrer qu'au regard de ses propriétés ontologiques, il est à même d'exercer une action contraignante sur la liberté d'interprétation de la Cour de cassation. En somme, cette étude propose, dans le cadre de la *théorie des contraintes juridiques*, une explication de la cohérence jurisprudentielle en partant du postulat de la *théorie réaliste de l'interprétation* selon lequel la Cour de cassation est libre d'interpréter les énoncés législatifs comme elle le souhaite. En d'autres termes, notre ambition fut de démontrer que la prévisibilité des décisions de la Haute juridiction s'explique notamment par un ensemble de contraintes juridiques créés et relayés par un discours à la nature singulière, celui de l'avocat aux Conseils.

478. Les résultats liés à la nature du discours étudié - À l'issue de nos recherches, il ne nous paraît plus possible d'assimiler le discours de l'avocat aux Conseils aux autres discours formulés par les juristes.

Premièrement, comme la théorie réaliste l'avait déjà clairement expliqué, il présente une nature dogmatique. Cela signifie d'abord qu'à la différence des discours scientifiques, il ne tend pas à décrire les normes mais tente d'influer sur leur création. L'avocat recommande en effet à la Cour de cassation l'adoption d'interprétations législatives qui assurent le succès de la prétention de son client. Cela signifie également que le discours étudié ne peut pas non plus être assimilé à ceux des organes habilités à créer le droit, c'est-à-dire à ceux des juridictions souveraines. Contrairement aux interprétations authentiques, les interprétations dogmatiques ne sont pas à l'origine de normes en vigueur mais se présentent simplement comme des

propositions subjectives de normes. Ces propositions ne deviendront des normes en vigueur qui si les Hautes juridictions le décident.

Deuxièmement, le discours de l'avocat aux Conseils présente une nature opérative. À la différence du discours doctrinal, il est produit dans le cadre d'un litige en vue de le résoudre conformément à des préférences subjectives clairement identifiables, celles de son client.

Troisièmement et à la différence des autres discours opératifs qui sont produits à l'occasion d'un litige, notamment par les avocats à la Cour et les juridictions du fond, le discours étudié est immédiatement et systématiquement destiné à la Cour de cassation, ce qui le place dans une position privilégiée pour exercer une action spécifique sur son destinataire. L'auteur des moyens de cassation intervient effectivement après qu'une décision des juges du fond ait été contestée et avant que la Cour de cassation n'en vérifie le contenu.

479. Les résultats liés à la portée du discours de l'avocat aux Conseils - Pour comprendre l'intercession assurée par l'avocat du demandeur au pourvoi, il est essentiel de connaître la composition exacte de son discours.

Contrairement à ce qui est généralement enseigné, le moyen de cassation ne se résume pas aux raisons de droit, développées par l'avocat, justifiant la cassation de l'arrêt déféré. Il reproduit, à peine d'irrecevabilité du recours, la partie de la décision qu'il entend critiquer et vise le texte sur le fondement duquel il estime que la cassation est encourue. Autrement dit, le moyen met toujours en perspective deux interprétations concurrentes d'un énoncé législatif, celle adoptée par les juges du fond et critiquée dans le pourvoi, et celle recommandée par l'auteur du pourvoi. Ainsi, l'avocat du demandeur fournit à la Cour de cassation tous les éléments dont elle a besoin pour résoudre la question juridique posée dans le litige. Plus encore, le discours de l'avocat aux Conseils est à l'origine d'un cadre, constitué de deux propositions subjectives de normes concurrentes, à charge pour la juridiction souveraine de trancher en optant pour l'une ou l'autre de ces interprétations.

Du seul fait de son existence, ce cadre exerce une contrainte sur la liberté de la Cour de cassation. Les statistiques témoignent en effet de ce que la juridiction se limite bien souvent à appliquer *le moyen, tout le moyen, rien que le moyen*. La contrainte à l'œuvre est une contrainte de *justification*. Un usage trop important des mécanismes lui permettant de se soustraire au cadre subjectivement préétabli dans les moyens serait en effet irrationnel du point de vue de cet *homo juridicus*. Non seulement, il risquerait de dévoiler le pouvoir créateur de la Cour de cassation mais il menacerait également son autorité au sein du système juridique notamment vis-à-vis des juridictions inférieures.

Ce n'est donc qu'occasionnellement, dans des décisions inattendues ou novatrices, que la Cour de cassation use de son pouvoir pour modifier le cadre préconstitué dans le pourvoi, par le jeu de techniques spécifiques comme celles de la substitution de motifs ou de moyens, et pour dépasser ce cadre, par l'énonciation d'un *obiter dictum*. La plupart du temps, elle se limite à effectuer un choix binaire entre la norme applicable posée dans l'arrêt contesté par le pourvoi (arrêt de rejet) et la norme applicable recommandée par l'auteur des moyens (arrêt de cassation). La Cour de cassation est en quelque sorte chargée de prélever dans cette controverse contentieuse les éléments qui constitueront la motivation de son arrêt.

C'est dans cette application régulière que se trouve justement notre explication de la cohérence jurisprudentielle. Les deux normes applicables qui sont contenues dans le pourvoi sont en effet construites, autant que possible, sur la base de la jurisprudence antérieure. Les juges du fond, qui n'ont pas intérêt à ce que leurs décisions soient renversées, et les avocats qui servent l'intérêt de leur mandant, sont généralement contraints de se référer à la jurisprudence antérieure s'ils souhaitent atteindre leurs buts respectifs. Ainsi, l'application par la Cour de cassation du cadre prédéfini par l'auteur du pourvoi, qui est un vecteur de transmission des précédents de la juridiction, favorise la régularité et la prévisibilité décisionnelle.

480. Ouverture(s) - En dernier lieu, nous voudrions revenir sur un élément qui est régulièrement apparu en arrière-plan de cette recherche. Tout au long de l'étude, il a en effet été constaté que l'image d'un juge qui officie par et pour la loi reste très active dans l'esprit des praticiens. Les moyens et les arrêts de cassation visent encore systématiquement la « loi », prise en son sens formel, sur laquelle ils prétendent se fonder alors même que l'on a pu mesurer toute l'artificialité de ce rattachement textuel. La plupart du temps en effet, avocats et magistrats recommandent et arrêtent des solutions qui sont en réalité fondées non sur la législation, mais sur la jurisprudence antérieure au pourvoi. La Cour de cassation entretient avec son héritage décisionnel un rapport bien réel mais dissimulé derrière le voile du raisonnement syllogistique.

Si les universitaires ont pleinement conscience de cette dissimulation, il n'empêche qu'au plan théorique, la question du statut de la jurisprudence en droit privé se pose encore principalement dans le cadre de la théorie des sources du droit qui s'est développée sous le plume de la doctrine legaliste. Or, même si cette doctrine a connu ses heures de gloire à une époque où la Révolution française et le Code Civil nourrissaient encore l'espoir d'un législateur tout puissant et d'un juge automate, il apparaît aujourd'hui nécessaire de se

résoudre à penser autrement les rapports qui unissent le juge au législateur. La *théorie réaliste de l'interprétation* est précisément une manière de reconsidérer ces rapports puisqu'elle démontre que les Cours souveraines évoluent actuellement dans un système qui leur attribue une quasi-exclusivité pour créer le droit. Trop souvent, on a prêté à cette thèse une forme de cynisme en ce qu'elle conduirait inévitablement à la résignation devant le pouvoir sans partage dont jouissent actuellement les juridictions suprêmes. C'est, nous semble-t-il, lui faire un mauvais procès. L'école réaliste française se limite à décrire le droit selon une ontologie particulière et ce n'est pas parce qu'elle aboutit à un résultat qui peut paraître inquiétant - celui du monopole judiciaire dans la création normative - qu'elle approuve nécessairement ce résultat. Autrement dit, en expliquant que celui qui crée véritablement le droit est celui qui détient le pouvoir d'interpréter les lois en dernier, elle ne considère pas que ce résultat est, du seul fait qu'il provient de son analyse, juste ; au contraire, elle invite, sans y répondre, à s'interroger sur la légitimité des juridictions suprêmes à disposer de ce dernier mot et ouvre en ce sens bien plus de perspectives qu'elle n'en referme¹⁴⁹³.

Le pouvoir des Cours souveraines est un sujet qui n'a rien perdu de son importance et qui gagne à être affronté par la communauté des juristes quand bien même il suppose d'abandonner certaines certitudes réconfortantes. Comme le signalait en 1969, l'ancien Premier président de la Cour de cassation Pierre Bellet, « *on feint seulement de l'ignorer en doctrine et en jurisprudence afin de faire apparaître la décision comme commandée par le droit existant, alors qu'elle est la création d'une règle de droit nouvelle : nous croyons quant à nous préférables la prise de conscience et la mise en lumière de ce pouvoir prétorien* »¹⁴⁹⁴. Cette étude aura justement été l'occasion de prendre la mesure de la suprématie d'un tel pouvoir prétorien, tout en le mettant en perspective. C'est que la liberté d'interprétation des Cours souveraines ne s'exerce pas isolément. Suprême, l'interprétation authentique s'édifie au terme d'une controverse contentieuse et se produit dans l'exercice d'un pouvoir entouré. L'avocat aux Conseils est la pièce maîtresse d'un tel entourage.

¹⁴⁹³ V. en ce sens É. Millard, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats, É. Millard (coord.), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 725 et s. V. spéc. p. 734 : à propos de la TRI : « *Il ne s'agit pas d'une doctrine (politique) mais d'une théorie cognitive : elle est politiquement efficace pour cette raison, et là réside en définitive sa signification politique* ».

¹⁴⁹⁴ P. Bellet, « Intervention » in *La logique judiciaire, Colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, PUF, 1969, p. 115.

BIBLIOGRAPHIE

Les publications sont classées, par auteur(s), de la plus ancienne à la plus récente et suivant l'ordre alphabétique lorsqu'il s'agit de publications intervenues la même année.

I. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

ALLAND, Denis et **RIALS**, Stéphane (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, 2003.

* Exégèse (École), rubrique rédigée par Jean-Louis **HALPÉRIN**.

* Réalisme, rubrique rédigée par Éric **MILLARD**.

ARNAUD, André-Jean (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993.

* Doctrine, rubrique rédigée par Sylvie **CIMAMONTI**.

* Interprétation, rubrique rédigée par Jerzy **WRÓBLEWSKI**.

* Qualification, rubrique rédigée par François **RIGAUX**.

DUBOIS, Jean, **MITTERAND**, Henri et **DAUZAT** Albert, *Grand dictionnaire étymologique & historique du français*, 2^e éd., Paris, Larousse, 2011.

CADIET, Loïc (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

* Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, rubrique rédigée par Jacques **BORÉ**.

* Cour de cassation, rubrique rédigée par Jean **BUFFET**.

* Parlements, rubrique rédigée par Jean **HILAIRE**.

CAYLA, Olivier et **HALPÉRIN**, Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2010.

* Austin, rubrique rédigée par Olivier **CAYLA**.

* Troper, rubrique rédigée par Jean-Christophe **LE COUSTUMER**.

CORNU, Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., Paris, PUF, 2014.

JEUGE-MAYNART, Isabelle (dir.), *Le petit Larousse illustré*, Paris, Larousse, 2015.

NICOLEAU, Patrick, *Lexique de droit privé*, Paris, Ellipses, 1996.

RÉPERTOIRE DE DROIT CIVIL, Dalloz.

*Jurisprudence, rubrique assurée par Louis **BACH**, act. janv. 2012.

RÉPERTOIRE DE PROCÉDURE CIVILE, Dalloz.

*Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, rubrique assurée par Bruno **ODENT**, act. Juin 2011.

*Cour de cassation, rubrique assurée par Jacques **BORÉ** et Louis **BORÉ**, act. sept. 2015.

*Pourvoi en cassation, rubrique assurée par Jacques **BORÉ** et Louis **BORÉ**, act. oct. 2014.

*Procédure orale, rubrique assurée par Cédric **BOUTY**, act. déc. 2013.

II. MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET TRAITÉS

ADER, Henri, **DAMIEN**, André et **DE LA TOUANNE**, Sébastien, *Règles de la profession d'avocat*, 14^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

AMSELEK, Paul, *Cheminements philosophiques dans le monde du droit et des règles en général*, Paris, A. Colin, 2012.

ATIAS, Christian, *Philosophie du droit*, 3^e éd., Paris, PUF, 2012.

AUBERT, Jean-Luc et **SAVAUX**, Éric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Paris, Sirey, 2014.

AVRIL, Yves, *Responsabilité de l'avocat*, Paris, Dalloz, 2015.

BATIFFOL, Henri, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979.

BEIGNIER, Bernard, **BLANCHARD**, Bernard et **VILLACÈQUE**, Jean, *Droit et déontologie de la profession d'avocat*, Paris, LGDJ, 2007.

BENVENISTE, Émile, *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1966.

BORÉ, Jacques et **BORÉ**, Louis, *La cassation en matière civile*, 5^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

CABRILLAC, Rémy, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

CADIET, Loïc et **JEULAND**, Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.

CAPITANT, Henri, **TERRE**, François et **LEQUETTE**, Yves,

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 1*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil : introduction*, 27^e éd., Paris, PUF, 2002.

CHABAS, François, **MAZEAUD**, Henri, **MAZEAUD**, Léon [et al.], *Leçons de droit civil*, 12^e éd., Paris, Montchrestien, 2000.

CHAPUS, René, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008.

CORNU, Gérard,

- *Linguistique juridique*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2005.
- *Droit civil : introduction au droit*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2007.

DAVID, René et **JAUFFRET-SPINOSI**, Camille, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 2002.

DEMANTE, Antoine-Marie, *Cours analytique de Code civil. Tome I*, Paris, G. Thorel, 1849.

DEUMIER, Pascale, *Introduction générale au droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2013.

ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., Paris, Flammarion, 2011.

GÉNY, François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Paris, Libr. Marescq Aîné, 1899.

GHESTIN, Jacques, **GOUBEAUX**, Gilles et **FABRE-MAGNAN**, Muriel, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1994.

GUINCHARD, Serge (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile, droit interne et de l'Union européenne*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2014.

GUINCHARD, Serge, **CHAINAIS**, Cécile, **DELICOSTOPOULOS**, Constantin [et al.], *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

GUINCHARD, Serge, **FERRAND**, Frédérique et **CHAINAIS**, Cécile, *Procédure civile*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

GUINCHARD, Serge, **MONTAGNIER**, Gabriel, **VARINARD**, André [et al.], *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

HÉRON, Jacques et **LE BARS**, Thierry, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 2012.

JEULAND, Emmanuel, *Droit processuel général*, 3^e éd., Paris, LGDJ - Lextenso éditions, 2014.

JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle, **BACHELLIER**, Xavier et **BUK LAMENT**, Julie, *La technique de cassation : pourvois et arrêts en matière civile*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2013.

LONG, Marceau, **WEIL**, Prosper, **BRAIBANT**, Guy [et al.], *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 20^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

MAGNON, Xavier, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008.

MAINGUY, Daniel, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.

MALAURIE, Philippe et **MORVAN**, Patrick, *Introduction au droit*, 5^e éd., Paris, LGDJ, 2014.

MALINVAUD, Philippe, *Introduction à l'étude du droit*, 14^e éd, Paris, LexisNexis, 2013.

MARCADÉ, Victor-Napoléon, *Elémens du droit civil français ou explication méthodique et raisonnée du Code civil : accompagnée de la critique des auteurs et de la jurisprudence*, Paris, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1842.

MARTIN, Raymond, *Déontologie de l'avocat*, 11^e éd., Paris, LexisNexis, 2013.

MILLARD, Éric, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 2006.

PLAGNIOL, Marcel, *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel*, Tome 1, Paris, LGDJ, 1900.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 1999.

ROLAND, Henri et **BOYER**, Laurent,

- *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, Éd. L'Hermès, 1977.
- *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003.

SÉRIAUX, Alain, *Le droit: une introduction*, Paris, Ellipses, 1997.

TAISNE, Jean-Jacques, *La déontologie de l'avocat*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2015.

TERRÉ, François, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2012.

TROPER, Michel, *La philosophie du droit*, 4^e éd., Paris, PUF, 2015.

VIALA, Alexandre, *Philosophie du droit*, Paris, Ellipses, 2010.

III. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES

AARNIO, Aulis, *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, trad. Geneviève Warland, Paris, LGDJ, 1992.

ALEXANDRE, Jean-Jacques, *La prestation de conseil juridique en droit français*, Thèse, Aix-en-Provence, 1992.

AMSELEK, Paul (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

AMSELEK, Paul et **GRZEGORCZYK**, Christophe (Dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989.

ARISTOTE, *Catégories de l'interprétation. Organon I et II*, trad. Jules Tricot, Paris, J. Vrin, 2014.

ASSIER-ANDRIEU, Louis, *Les avocats : identité, culture et devenir*, Paris, Lextenso éditions, 2011.

AUSTIN, John Langshaw, *Quand dire, c'est faire*, (éd. originale parue en 1962), trad. Gilles Lane, Paris, Édition du Seuil, 1991.

BÉCHILLON (de), Denys, **BRUNET**, Pierre, **CHAMPEIL-DESPLATS** Véronique et **MILLARD**, Éric (coord.), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006.

BÉRENGER, Frédéric, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation: de l'utilisation d'un savoir à l'exercice d'un pouvoir*, Mém. DEA, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

BOBBIO, Norberto, *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, trad. Michel Guéret et Christophe Agostini, Louvain Paris, Bruylant, LGDJ, 1998.

BONNECASE, Louis, *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir en matière civile*, Thèse, Toulouse, 1909.

BONNECASE, Julien, *L'école de l'Exégèse en droit civil: Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, 2^e éd., Paris, E. de Boccard, 1924.

BOS, Émile, *Les avocats aux conseils du roi: étude sur l'ancien régime judiciaire de la France*, Paris, Marchal, Billard et cie, 1881.

BOUDOT, Michel, *Le dogme de la solution unique : contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, Thèse, Aix-en-Provence, 1999.

CADIET, Loïc et **AMRANI-MEKKI**, Soraya (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation: quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, Paris, Economica, 2005.

CARBONNIER, Jean,

- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, (éd. originale parue en 1996), Paris, Flammarion, 2006.
- *Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur*, (éd. originale parue en 1969), Paris, LGDJ, 2014.

CHARBONNEAU, Cyrille, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Thèse, Paris, IRJS éditions, 2011.

COTTIN, Marianne, *L'accès à la Cour de cassation. Étude du droit au pourvoi devant les chambres civiles de la Cour de cassation*, Thèse, Saint-Étienne, 1998.

CROZE, Hervé, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, Thèse, Lyon, 1981.

DEUMIER, Pascale (dir.), *Le raisonnement juridique: recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, 2013.

DEVINAT, Mathieu et **BEAULAC**, Stéphane (dir.), *Interpretatio non cessat. Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (Québec), Canada, Y. Blais, 2011.

DISSAUX, Nicolas et **JAMIN**, Christophe, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015*, Paris, France, Dalloz, 2015.

DWORKIN, Ronald, *L'empire du droit*, (éd. originale parue en 1986), trad. Elisabeth Soubrenie, Paris, PUF, 1994.

FAYE, Ernest, *La Cour de cassation*, réimp. de l'éd. de 1903, Paris, la Mémoire du droit, 1999.

GONOD, Pascale (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002.

GRZEGORCZYK, Christophe, **MICHAUT**, Françoise et **TROPER**, Michel (dir.), *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1993.

HAKIM, Nader, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIXe siècle*, Thèse, Bordeaux, LGDJ, 2002.

HAMELIN, Jacques, *Paradoxe sur l'avocat, entretiens sur le rôle du défenseur*, Paris, LGDJ, 1949.

HART, Herbert Lionel Adolphus, *Le concept de droit*, (éd. originale de 1961), trad. Michel Van De Kerchove, Bruxelles, Belgique, 2^e éd., Facultés universitaires Saint Louis, 2005.

HENRION DE PANSEY, Pierre-Paul-Nicolas, *De L'Autorité judiciaire dans les gouvernements monarchiques*, Paris, T. Barrois père, 1810.

HÉROLD, Louis-Joseph, *Tableaux de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, depuis le 10 septembre 1817, précédés d'une introduction historique*, Paris, impr. de L. Berge, 1867.

HERRERA, Carlos-Miguel, *La philosophie du droit de Hans Kelsen : une introduction*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2004.

HUFTEAU, Yves-Louis, *Le référé législatif, les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Thèse, Paris, PUF, 1965.

HUME, David, *Traité de la nature humaine: essai pour introduire la méthode expérimentale dans les sujets moraux*, (éd. originale parue en 1739-1740), trad. André-Louis Leroy, Paris, Aubier, 1962.

ISRAËL, Liora, *L'arme du droit*, Paris, Sciences Po. Les Presses, 2009.

JAMIN, Christophe, *La cuisine du droit*, Paris, Lextenso éditions, 2012.

JANVILLE, Thomas, *La qualification juridique des faits*, Thèse, Paris, PUAM, 2004.

JESTAZ, Philippe et **JAMIN**, Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

JOUANJAN, Olivier (dir.), *Hans Kelsen : forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010.

KARPIK, Lucien, *Les avocats entre l'État, le public et le marché XIIIe-XXe siècle*, Paris, Gallimard, 1995.

KELSEN, Hans,

- *Qu'est-ce que la justice ?*, (éd. originale parue en 1953), trad. Pauline Le More et Jimmy Plourde Genève, Suisse, M. Haller, 2012.
- *Théorie pure du droit*, (éd. originale parue en 1960), 2^e éd., trad. Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.
- *Théorie générale des normes*, (éd. originale parue en 1979), trad. Olivier Beaud et Fabrice Malkani, Paris, PUF, 1996.

KERNALEGUEN, Francis, *L'Extension du rôle des juges de cassation*, Thèse, Rennes, 1979.

LAVERGNOLLE (de), Jean, *Le Statut, le rôle et les méthodes des avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*, Mémoire DEA, Paris, 1993.

LE BARS, Thierry, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Thèse, Paris, LGDJ, 1997.

MOLFESSIS, Nicolas, *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004.

MORVAN, Patrick, *Le principe de droit privé*, Thèse, Paris, LGDJ, 1999.

MOTULSKY, Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948.

PRIEUR, Evelyne, *La substitution de motifs par la Cour de cassation*, Thèse, Caen, Economica, 1986.

PRUD'HOMME, Cécile, *Les Avocats au Conseil d'État et à la Cour de Cassation*, Mémoire DEA, Paris I, 1994

PUJALTE, Christian, **LAMAZE** (de), Edouard, **MAGENDIE**, Jean-Claude [et al.], *L'avocat, le juge et la déontologie*, Paris, PUF, 2009.

ROSS, Alf, *Introduction à l'empirisme juridique: textes théoriques*, rec. d'articles trad. Éric Millard et Elsa Matzner, Paris Bruxelles, LGDJ, Bruylant, 2004.

ROZÈS, Simone et **LOMBARD**, Paul, *Le juge et l'avocat : dialogue sur la justice*, Paris, R. Laffont, 1992.

SALUDEN LAMBLIN, Marianne, *Le phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique*, Thèse, Paris, 1983.

SERVERIN, Évelyne, *De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique*, Thèse, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1985.

SOULEZ-LARIVIÈRE, Daniel, *L'avocature*, Paris, Éd. du Seuil, 1995.

SUR, Bernard, *Histoire des avocats en France des origines à nos jours*, Paris, Dalloz, 1998.

TERRÉ, François, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse, Paris, LGDJ, 1957.

TROPER, Michel,

- *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994.
- *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001.
- *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011.

TROPER, Michel, **CHAMPEIL-DESPLATS**, Véronique et **GRZEGORCZYK**, Christophe (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005.

VERLINE, Claude, *La nécessité du monopole des avocats aux conseils devant l'histoire*, Mémoire DEA, Paris, 1998.

VEYNE, Paul, *Comment on écrit l'histoire. Essai d'épistémologie*, Editions La Martinière, 2013.

VIDAILLAN (de), Pierre Antoine, *Histoire des Conseils du Roi depuis l'origine de la monarchie jusqu'à nos jours*, vol. 1, Paris, Amyot, 1856.

WALINE, Marcel, *La notion judiciaire de l'excès de pouvoir*, Thèse, Paris, 1926.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALCHOURRÓN, Carlos et **BULYGIN**, Eugenio, « The expressive conception of norms », *New Studies in Deontic Logic*, 1981, p. 95.

ALLAND, Denis, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, n°55, 2012, p. 84.

AMRANI-MEKKI, Soraya, « Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation », in Loïc Cadiet, Soraya Amrani-Mekki (dir.), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation: quelle mission pour la Cour de cassation ? Enjeux nationaux, regards extérieurs*, Paris, Economica, 2005, p. 19.

AMSELEK, Paul,

- « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *APD*, tome 28, 1983, p. 271.
- « À propos de la théorie kelsénienne de l'absence de lacunes dans le droit », *APD*, tome 33, 1988, p. 283.
- « La part de la science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, p. 337.
- « Le rôle de la volonté dans l'édiction des normes juridiques selon Kelsen », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000, p. 33.
- « L'interprétation dans la théorie pure du droit », in *Mélanges en l'honneur de Pierre-André Côté*, Cowansville (Québec), Canada, Editions Yvon Blais, 2011, p. 44.

ANCEL, Jean-Pierre, « Le manque de base légale », *BICC*, n°719, 2010.

ATIAS, Christian,

- « Juris dictio : redire l'inédit », *D.* 1992, p. 281.
- « L'image doctrinale de la Cour de cassation », *D.* 1993, p. 133.
- « La substitution judiciaire du bénéficiaire d'un pacte de préférence à l'acquéreur de mauvaise foi », *D.* 1998, p. 203.
- « D'une vaine discussion sur une image inconsistante: la jurisprudence en droit privé », *RTD Civ.*, 2007, p. 23.
- « Le rabat d'arrêt. De la rectification d'erreur matérielle de procédure au repentir du juge », *D.* 2007, p. 1156.
- « La condition ajoutée à la loi par le juge », *D.* 2009, p. 2654.

AUBERT, Jean-Luc, « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », *D.* 2005, p. 1115.

BACHELIER, Xavier, « Le pouvoir souverain des juges du fond », *BICC*, n°702, 2009.

BANCAUD, Alain, « Considérations sur une pieuse hypocrisie: la forme des arrêts de la Cour de cassation », *Droit et Société*, n°7, 1987, p. 373.

BARADUC, Elisabeth,

- « L'avocat, garant de l'impartialité du juge ? Ou quand la déontologie de l'un sert l'éthique de l'autre », in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit: André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Paris, Litec, 2003, p. 39.
- « Le juge civil de cassation, le moyen relevé d'office et le principe de la contradiction », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Litec, 2003, p. 5.
- « L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ? », in Nicolas Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, 2004, p. 3.

BARTHÉLÉMY, Jacques,

- « Le droit au pourvoi », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 185.
- « Traditions et fonctionnement de l'Ordre », in Pascale Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002, p. 37.

BATIFFOL, Henri,

- « Questions de l'interprétation juridique », *APD*, tome 17, 1972, p. 2.
- « La responsabilité de la doctrine dans la création du droit », *RRJ*, 1981, p. 175.

BÉCHILLON (de), Denys,

- « Le gouvernement des juges, une question à dissoudre », *D.* 2002, p. 973.
- « L'ordre de la hiérarchie des normes et la théorie réaliste de l'interprétation », *RRJ*, 1994, p. 247.
- « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire », *RTD Civ.*, 2002, p. 47.

BELLETT, Pierre,

- « Intervention » in *La logique judiciaire, Colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, PUF, 1969, p. 115.
- « France. La Cour de cassation », *RIDC*, vol. 30, 1978, p. 193.
- « Grandeur et servitudes de la Cour de Cassation », *RIDC*, vol. 32, 1980, p. 293.

BÉNABENT, Alain, « Pour la Cour de cassation aussi, mais autrement... », *D.* 1989, p. 222.

BERGEL, Jean-Louis, « Le processus de transformation des décisions de justice en normes juridiques », *RRJ*, 1993, p. 1055.

BLONDEL, Jean, « La Common Law et le droit civil », *RIDC*, vol. 3, 1951, p. 585.

BLONDEL, Philippe,

- « Le fait, source de droit », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 203.
- « Le justiciable, à ne pas oublier », in *Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Litec, 2003, p. 19.
- « Le manque de base légale, son avenir », in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit: André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Mélanges en l'honneur du président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003.
- « Le traitement des affaires. La Cour de cassation », in *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 1990, p. 69.
- « Le Traitement des divergences de jurisprudence. Table ronde, le point de vue d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation », in *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne / Droit, 2003.

BOBBIO, Norberto, « Kelsen et les sources du droit », *APD*, tome 27, 1982, p. 135.

BOLARD, Georges et **FLECHEUX**, Georges, « L'avocat, le juge et le droit », *D.* 1995, p. 221.

BORÉ, Jacques,

- « L'ordre des avocats aux Conseils. Un cent-cinquantenaire », *Revue des Deux Mondes*, mars 1968, p. 62.
- « Un centenaire: le contrôle par la Cour de cassation de la dénaturation des actes », *RTD Civ.*, 1972, p. 249.
- « Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation », *D.* 1979, p. 247.
- « La loi du 6 août 1981 et la réforme de la Cour de cassation », *D.* 1981, p. 299.
- « La fonction d'avocats auprès des cours suprêmes », *D.* 1989, p. 159.
- « L'accès à la profession d'avocat aux Conseils », *RFDA*, 1992, p. 865.
- « La Cour de cassation de l'an 2000 », *D.* 1995, p. 133.

BORÉ, Louis,

- « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », *Cycle droit et technique de cassation*, 2011, [en ligne: www.courdecassation.fr].
- « La spécificité de la technique de cassation », *La semaine juridique*, éd. G., 22 juin 2009, n°26, p. 58.

BORÉ, Louis et SALVE de BRUNETON (de), Jean, « Quelques idées sur le pourvoi en cassation », *D.* 2005, p. 180.

BOUDON, Julien, « La théorie des contraintes juridiques à l'épreuve américaine », *Droits*, n°55, 2012, p. 103.

BOUDOT, Michel, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, vol. 59, p. 35.

BRÉCHOT, François-Xavier, « La constitutionnalité du «mariage pour tous» », *JCP G.*, 2012, p. 1388.

BRUNET, Pierre, « Aspect théoriques et philosophiques de l'interprétation normative », *RGDIP*, II, 2011, p. 311.

BRUNET, Pierre et CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, « La théorie des contraintes face à la théorie des sources du droit », in Yves Cartusel, Hugues Dumont, Philippe Gérard (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Anthémis, 2013, p. 387.

BRUNET, Pierre, CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie [et al.], « Mariage pour tous: les juristes peuvent-ils parler *au nom du Droit* ? », *D.* 2013, p. 784.

BUFFET, Jean, « Fiches méthodologiques : l'effet dévolutif de l'appel », *BICC*, n°620, 2005.

BURGELIN, Jean-François, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001, p. 2755.

CACHELOT, François, « Le rôle du conseiller rapporteur à la Cour de cassation », *Justice et Cassation*, 2008, p. 175.

CANIVET, Guy,

- « L'accès au juge de cassation et le principe d'égalité », *LPA*, nov. 2002, n°238, p. 15.
- « La procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002, p. 2195.
- « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *APD*, tome 50, 2007, p. 7.

CASSIA, Paul, « Filtrer l'accès au juge de cassation ? », *D.* 2015, p. 1361.

CAYLA, Olivier, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits*, n°18, 1993, p. 3.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique,

- « Pluralité des valeurs et raisonnement juridique: les conflits axio-téléologiques de normes », *Analisi e Diritto*, 2001, p. 59.
- « L'arrêt Koné, produit et source de contraintes », in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 53.

CHARBONNIER, Jean, « Ministère public et Cour suprême », *JCP G.* 1991, I, n°3532, p. 316.

CHARRIER, Carmenza, « L'obiter dictum dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *Cah. dr. eur.*, 1998, p. 79.

CHARRUAULT, Christian,

- « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation*, 2010, [en ligne: www.courdecassation.fr].
- « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », *BICC*, n°702, 2009.

CHARTIER, Yves, « De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédactions des arrêts civils de la Cour de cassation », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269.

CHENOT, Bernard, « L'existentialisme et le droit », *Revue française de science politique*, vol. 3, 1953, p. 57.

CHEVALLIER, Jacques, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 103.

CHOUCROY, Charles, « La décision frappée de pourvoi: le regard d'un avocat aux conseils », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Paris, Dalloz, 1991, p. 59.

COPPER-ROYER, Jean, « La logique judiciaire et le pourvoi en cassation », in *La logique judiciaire, Colloque des instituts d'études judiciaires*, Paris, PUF, 1969, p. 73.

CORPART, Isabelle, « L'encombrement croissant de la Cour de cassation », *LPA*, févr. 1995, n°16, p. 4.

COTTIN, Marianne, « La Cour de cassation se dote d'une procédure d'admission des pourvois en cassation », *D.* 2002, p. 748.

COUTRON, Laurent, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.*, 2009, p. 643.

DELAPORTE, Vincent, « Les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Documentation française, 1994, p. 123.

DELEBECQUE, Philippe, « Les obligations du mandataire ad litem », *Justices*, 1997, p. 57.

DEUMIER, Pascale,

- « La formation de la jurisprudence vue par elle-même », *RTD Civ.*, 2006, p. 521.
- « Rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, tome 50, 2006, p. 49.
- « Le pourvoi dans l'intérêt de la loi et l'autorité de chose jugée (révélateur de l'autorité de chose interprétée des arrêts des juges du fond ?) », *RTD Civ.*, 2008, p. 71.
- « Les motifs des motifs des arrêts de la Cour de cassation », in *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 125.
- « QPC: la question fondamentale du pouvoir d'interprétation (à propos du contrôle de l'interprétation de la loi) », *RTD Civ.*, 2010, p. 508.
- « Les divergences de jurisprudence: nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », *RTD Civ.*, 2013, p. 557.

DRAGO, Roland, « Un avocat doit être commis d'office pour la présentation d'une requête en rabat d'arrêt », *D.* 1995, p. 513.

DRAI, Pierre, « Pour la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1989, p. 3374.

DUGUIT, Léon, « Les doctrines juridiques objectivistes. Extrait de la Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger (Oct.-Nov.-Déc. 1927) », *Revue générale du droit online*, 2014, n°17072.

ELSTER, Jon, « Droit et causalité », in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 117.

ENCINAS DE MUNAGORRI, Rafael, « L'ouverture de la Cour de cassation aux amici curiae », *RTD Civ.*, 2005, p. 88.

ESMEIN, Paul, « Demande des parties et devoir du juge », *JCP. G.*, II, p. 1961.

ESTOUP, Pierre, « Réflexions sur l'art de conclure », *Gaz. Pal.*, Rec. doct 1990, p. 237.

FERRAJOLI, Luigi, « Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa », *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 290.

FOUSSARD, Dominique,

- « Le juge et la doctrine, le regard d'un avocat aux conseils », *Droits*, n°20, 1994, p. 133.
- « Le manque de base légale », *BICC*, n°719, 2010.

FRANCK, Ernest Emmanuel, « L'élaboration des décisions de la Cour de cassation ou la partie émergée de l'iceberg », *D.* 1983, p. 119.

GAUTIER, Pierre-Yves,

- « Exécution forcée du pacte de préférence : un peu victoire à la Pyrrhus, beaucoup probatio diabolica », *D.* 2006, p. 1861.
- « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », *D.* 2003, p. 2839.

GÉNICON, Thomas, « Les juristes en droit des contrats: oppositions juridiques ou oppositions politiques. Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats », in *La place du juriste face à la norme*, Dalloz, Paris, 2012, p. 85.

GEORGES, Bernard, « Pouvoir de suppléance de la Cour de cassation dans la procédure des pourvoi avec représentation obligatoire », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 233.

GHESTIN, Jacques, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239.

GODIN, Xavier, « La procédure de cassation au XVIIIe siècle », *Histoire, économie & société*, 29^e année, mars 2010, p. 19.

GOODHART, Al, « Le précédent en droit anglais et continental », *Annuaire de l'Institut international de philosophie du droit*, 1934, p. 37.

GOYARD-FABRE, Simone, « L'inspiration kantienne de Hans Kelsen », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 83, n°2, 1978, p. 204.

GROSS, Norbert, « Le juge de cassation en Europe : l'Allemagne », in *Le juge de cassation en Europe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 29.

GROSSER, Paul, « La résolution unilatérale du contrat: conditions et régime », *AJCA*, 2014, p. 72.

GRZEGORCZYK, Christophe, « Obligations, normes et contraintes juridiques. Essai d'une reconstruction conceptuelle », in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats. , Christophe Grzegorzczuk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 25.

GUASTINI, Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini (Legal Realism Restated) », trad. Éric Millard, *Revus*, n°19, 2013, p. 112.

GUGLIELMI, Gilles, « Origine et fondement de l'Ordre, Solis fas cernere solem », in Pascale Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'état et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002, p. 5.

GUINCHARD, Serge, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation?) », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, Éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 761.

HÉBRAUD, Pierre, « Le juge et sa jurisprudence », in *Mélanges offerts à Paul Couzinet*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329.

HÉRON, Jacques,

- « L'interprétation et le devenir des définitions législatives et réglementaires », *RRJ*, 1987, p. 1152.
- « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ*, 1993, p. 1083.

HOLMES, Oliver Wendell, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, 1897, p. 457, trad. C.-S. Pinat, in *Cahiers Teutates*, n°1/5, 2012 [En ligne].

HUSSON, Léon,

- « Analyse critique de la méthode de l'Exégèse », *APD*, tome 17, p. 115.
- « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'Exégèse », *RTD Civ.*, 1976, p. 431.

JAMIN, Christophe,

- « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441.
- « Le procès du solidarisme contractuel : brève réplique », in Luc Grynbaum et Marc Nicod (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 159.

JÉOL, Michel, « Un droit constitutionnel: accéder au juge avec l'assistance d'un défenseur », *D.* 1995, p. 513.

JESTAZ, Philippe,

- « La jurisprudence: réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, p. 11.
- « La qualification en droit civil », *Droits*, n°18, 1993, p. 45.

JESTAZ, Philippe et **JAMIN**, Christophe,

- « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, p. 167.
- « Doctrine et jurisprudence : cent ans après », *RTD Civ.*, 2002, p. 1.

JOUANJAN, Olivier,

- « Une interprétation de la théorie réaliste de Michel Troper », *Droits*, n°37, 2003, p. 31.
- « La théorie des contraintes juridiques de l'argumentation et ses contraintes », *Droits*, n°54, 2011, p. 27.

KALINOWSKI, Georges, « Philosophie et logique de l'interprétation en droit », *APD*, tome 17, 1972, p. 39.

KELSEN, Hans, « Une théorie réaliste et la Théorie pure du droit. Remarques sur On Law and Justice d'Alf Ross », trad. Georg Sommeregger et Éric Millard, in *Dossier Théories réalistes du droit. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2000, p. 42.

LACABARATS, Alain, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 889.

LAMBERT, Édouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, rééd. 1921, Paris, Dalloz, 2005.

LAPANOUSE (de), Jacques, « L'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation devant l'histoire », in *Le Conseil d'État, livre jubilaire pour commémorer son 150^e anniversaire*, Paris, Sirey, 1952, p. 351.

LEBEN, Charles, « Troper et Kelsen », *Droits*, n°37, 2003, p. 13.

LE BERQUIER, Jules, « Le barreau moderne, sa constitution, ses franchises », *Revue des Deux Mondes*, 1861, p. 138.

LE COUSTUMER, Jean-Christophe, « Réalisme, scepticisme et contraintes juridiques », *Droits*, n°36, 2002, p. 161.

LETARTRE, Yves, « Le mandat ad litem », *RJC*, 1993, p. 309.

LIBCHABER, Remy,

- « Autopsie d'une position jurisprudentielle nouvellement établie », *RTD Civ.*, 2002, p. 604.
- « Que faut-il attendre de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ? », *RTD Civ.*, 2001, p. 226.

LOCHAK, Danièle, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1989, p. 252.

MAGNON, Xavier, « En quoi le positivisme - normativisme- est-il diabolique ? », *RTD Civ.*, 2009, p. 269.

MAINGUY, Daniel,

- « L'interprétation de l'interprétation - Variations normatives II », *JCP G.*, 2011, p. 603.
- « À propos d'un *principe* préexistant à une loi », *D.* 2015, p. 246.

MALAUZIE, Philippe,

- « La Cour de cassation, son parquet général et la CEDH », *LPA*, mars 2003, n°48, p. 3.
- « Le droit et l'exigence de dignité », *Études*, Tome 398, 2003, p. 619.

MARLANGE, Ambroise, « Le pourvoi-nullité », *Justice et Cassation*, 2008, p. 237.

MARMISSE D'ABBADIE D'ARRAST, Anne, « Le rôle de la doctrine dans l'élaboration et l'évolution de la responsabilité civile délictuelle au XXe siècle », *LPA*, sept. 2002, n°188, p. 4 et n°189, p. 4.

MARTIN, Raymond,

- « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.* 1990, p. 163.
- « Réflexion sur l'instruction du procès civil », *RTD Civ.*, 1971, p. 280.

MAZEAUD, Denis,

- « La responsabilité du fait de la violation d'un pacte de préférence », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1994, p. 210.
- « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Etudes offertes à F. Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 603.

MEKKI, Mustapha, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », *RDC*, 2010, p. 383.

MERLIN, Jean, « Les avocats vus par un conseiller à la Cour de cassation », in Pascale Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002.

MIGUET, Jacques, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université Toulouse I - Sciences sociales, 1981, p. 567.

MILLARD, Éric,

- « Le réalisme scandinave et la théorie des contraintes juridiques », in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 143.
- « Les contraintes, entre ressources stratégiques et théorie de la régularité », *Droits*, n°55, 2012, p. 23.
- « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie de l'interprétation », in Denys de Béchillon, Pierre Brunet, Véronique Champeil-Desplats, Éric Millard (coord.), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 725.

MOLFESSIS, Nicolas,

- « Les prédictions doctrinales », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, PUF, Dalloz, Éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 145.
- « Doctrine de la Cour de cassation et reconnaissance des précédents », *RTD Civ.*, 2003, p. 567.
- « La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine », *RTD Civ.*, 2003, p. 165.
- « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.* 2007, p. 37.
- « La jurisprudence supra-constitutionem », *JCP G.*, 2010, I, p. 1039.

MORELLI, Nicolas, « Une révolution sous Louis XV, le Règlement du 28 juin 1738 », *Justice et Cassation*, 2008, p. 195.

MORVAN, Patrick,

- « Le revirement de jurisprudence pour l'avenir : humble adresse aux magistrats ayant franchi le rubicon », *D.* 2005, p. 247.
- « Les principes généraux du droit et la technique des visas de principe dans les arrêts de la Cour de cassation », *Cycle droit et technique de cassation*, 2006, [en ligne: www.courdecassation.fr].

MOULY, Christian, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, mars 1994, n°33, p.15.

MUIR-WATT, Horatia, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation et l'élaboration de la norme », in Nicolas Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Exconomica, 2004, p. 53.

NORMAND, Jacques, « Les apports respectifs du juge et des parties à la solution du litige, aujourd'hui et demain », *RTD Civ.*, 1998, p. 461.

ORAISON, André, « Réflexions générales sur la nature des *obiter dicta* enchâssés dans les décisions de justice rendues par la Cour internationale de justice », *RRJ*, 2002, p. 1923.

OST, François et **VAN DE KERCHOVE**, Michel, « Interprétation », *APD*, Tome 35, 1990, p. 165.

PAOUR, Raphael, « Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes », *Revus*, n°21, 2013, p. 201.

PÉLISSIER, Jean, « La liberté du travail », *Dr. soc.*, 1990, p. 19.

PERDRIAU, André,

- « Visas, chapeaux et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1986, p. 3257.
- « Réflexions désabusées sur le contrôle de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1991, p. 3538.
- « Les chambres civiles jugent-elles en fait ? », *JCP G.*, I, 1993, p. 3683.
- « La Chambre mixte et l'assemblée plénière de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1994, p. 3798.
- « Recommandations anti-cassation », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1994, p. 1416.
- « Plaidoyer pour un visa dans chaque arrêt de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1995, p. 3866.
- « Ce que la Cour de cassation relève d'office », *JCP G.* 1996, I, p. 3911.
- « Pour une nouvelle écriture des écritures des procès civils », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1997, p. 405.
- « Avertissements donnés par la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1998, p. 188.
- « Le pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 2001, p. 364.
- « Existe-t-il des pourvois-nullité ? », *D.* 2002, p. 1993.
- « La non admission des pourvois », *JCP G.*, I, 2002, p. 181.
- « Le rôle disciplinaire du juge de cassation », *JCP G.*, II, 2002, p. 150.

PFERSMANN, Otto,

- « Le statut de la volonté dans la définition positiviste de la norme juridique », *Droits*, n°28, 1999, p. 83.
- « Contre le néoréalisme. Pour un débat sur l'interprétation. », *RFDC*, n°50, 2002, p. 279.
- « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *RFDC*, n°52, 2002, p. 789.
- « Critique de la théorie des contraintes juridiques », in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 123.

PICARD, Etienne,

- « Science du droit ou doctrine juridique », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119.
- « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat, Paris, 2006 [en ligne : <http://www.senat.fr>].

PIWNICA, Emmanuel,

- « Les juridictions vues par les avocats : la Cour de cassation », in Pascale Gonod (dir.), *Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Paris, Dalloz, 2002, p. 87.
- « À propos des divergences de jurisprudence en matière civile », in *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 295.

PLUYETTE, Gérard, « La cassation, voie d'achèvement du procès ? », *Cycle droit et technique de cassation*, 2011, [en ligne : www.courdecassation.fr].

RADÉ, Christophe, « De la rétroactivité des revirements de jurisprudence », *D.* 2005, p. 988.

RAYNARD, Jacques, « La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution », *Cah. dr. entr.*, 2005, p. 33.

RÉMY, Philippe, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, n°1, 1985, p. 115.

RIALS, Stéphane, « La démolition inachevée. Michel Troper, l'interprétation, le sujet et la survie des cadres intellectuels du positivisme néo-classique », *Droits*, n°37, 2003, p. 49.

RIVERO, Jean, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

ROME, Felix, « Autres Présidents, autre lettre... », *D.* 2007, p. 1713.

ROUSSEAU, Dominique, « Le «mariage pour tous» relève bien de la compétence du législateur ordinaire », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 2012, p. 3257.

SARGOS, Pierre, « La prise en compte des grands paramètres de la décision judiciaire », in *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat, Paris, 2006, [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 316.

SAUVEL, Tony, « Essai sur la notion de précédent », *D.* 1955, p. 93.

SEUTET, Éric, « Les clauses post-contractuelles de non-concurrence et de non-affiliation », *D. Aff.*, 1999, p. 1157.

SIMONEL, Laurent-Xavier, « Le juge et son précédent », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1999, p. 1990.

SOMEK, Alexandre, « Dynamique juridique: une brève explication », in Olivier Jouanjan (dir.), *Hans Kelsen: forme du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, 2010, p. 71.

SOMMER, Jean-Michel et **AZOULA**, Michel, « La dématérialisation de l'organisation du travail et des procédures: l'exemple de la Cour de cassation », [en ligne : <http://www.courdecassation.fr/>].

SOURIOUX, Jean-Louis, « Rapport français », in *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Tome XXXIV, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées suisses de Lausanne, Economica, 1985, p. 86.

STOREZ, Isabelle, « La philosophie politique du chancelier d'Aguesseau », *Revue historique*, 1981, p. 381.

STRUILLOU, Yves, « Le rôle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (à propos de la communication des décisions juridictionnelles et des conclusions des commissaires du gouvernement) », *RFDA*, 2007, p. 1183.

TERRÉ, François,

- « Retour sur la qualification », in *La procédure en tous ses états. Mélanges en l'honneur de Jean Buffet*, Paris, Petites affiches, 2004, p. 419.
- « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », *Revue de droit d'Assas*, n°3, févr. 2011, p. 38.

TEXIER, Stéphane-Laurent, « De la possibilité pour la Cour de cassation de mettre fin au procès civil », *D.* 2011, p. 116.

THOUVENIN, Gilles, « L'éthique des avocats aux Conseils », *Justice et cassation*, 2015, p. 311.

TOURNAUX, Sébastien, « L'obiter dictum de la Cour de cassation », *RTD Civ.*, 2011, p. 45.

TRICOT, Daniel,

- « Le fabuleux destin d'une décision de non-admission ou les périls de l'interprétation », in *La création du droit jurisprudentiel. Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 459.
- « L'élaboration d'un arrêt de la Cour de cassation », *La Cour de cassation, l'Université et le Droit: André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation. Mélanges en l'honneur du président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003., p. 263.

TROPER, Michel,

- « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle », in *Mélanges en l'honneur de Charles Eiseinmann*, Paris, Cujas, 1975, p. 133, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 293.
- « Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique », *Revue internationale de philosophie*, 1981, p. 520, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 85.
- « Contribution à une critique de la conception kelsénienne de la science du droit », in *Mélanges offerts à Charles Chaumont*, Paris, Pedone, 1984, p. 527, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 45.
- « Hans Kelsen et la jurisprudence », *APD*, tome 30, 1985, p. 83, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 72.

- « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, CURAPP-PUF, 1989, p. 286.
- « Les théories volontaristes du droit : ontologie et théorie de la science du droit », in Christophe Grzegorzcyk , Paul Amselek(Dir.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 53., rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 57.
- « Pour une définition stipulative du droit », *Droits*, n°10, 1989, p. 101.
- « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, n°1, 1990, p. 29, rééd. in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 329.
- « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, p. 310, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 3.
- « Réplique à Denys de Béchillon », *RRJ*, n°1, 1994, p. 267.
- « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in Paul Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 235 ; rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 85.
- « Les contraintes juridiques dans la production des normes », in Arnaud Berthoud, Evelyne Serverin (dir.), *La production des normes entre État et société civile*, L'harmattan, 2000, p. 27.
- « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Dossiers réalistes du droit*, PUF Strasbourg, 2000, n°4, p. 51, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 69.
- « Les contraintes de l'argumentation juridique dans la production des normes », in Otto Pfersmann et Gérard Timsit (dir.), *Raisonnement juridique et interprétation*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 35.
- « Réplique à Otto Pfersmann », *RFDC*, n°50, 2002, p. 335.
- « Ross, Kelsen, et la validité », *Droit et société*, n°50, 2002, p. 43, rééd. in *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF, 2001, p. 19.
- « Marshall, Kelsen, Barak et le sophisme constitutionnaliste », in Élisabeth Zoller (dir.), *Marbury v. Madison : 1803-2003. Un dialogue franco-américain*, Paris, Dalloz, 2003, p. 215, rééd. in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 139.
- « La liberté de l'interprète », in *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat, Paris, 2006, [en ligne, <http://www.senat.fr>], p. 28.
- « La force de la contrainte et la causalité juridique : obligation, obéissance, argumentation », *Actes de savoir* (Revue interdisciplinaire de l'Institut universitaire de France), 2007, p. 17, rééd. in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 7.
- « Le réalisme et le juge constitutionnel », *Cah. Cons. const.*, n°22, 2007, [en ligne, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>].
- « Sur le dogme de la complétude et la théorie de la norme générale exclusive », *Droits*, n°47, 2008, p. 249.
- « Argumentation et explication », *Droits*, n°54, 2011, p. 3.
- « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage-gay: que savent les professeurs de droit ? », *Grief*, n°1, 2014, p. 68.

TROPER, Michel et **CHAMPEIL-DESPLATS**, Véronique, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », in Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats, Christophe Grzegorzczak (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 11.

TUNC, Alain,

- « Cour de cassation en crise », *APD*, tome 30, p. 135.
- « Conclusions. La Cour suprême idéale », *RIDC*, vol. 30, 1978, p. 433.
- « La méthode du droit civil : Analyse des conceptions françaises », *RIDC*, vol. 27, 1975, p. 817.

TUSSEAU, Guillaume, « Le gouvernement [contraint] des juges. Les juges constitutionnels face au pouvoir de réplique des autres acteurs juridiques - ou l'art partagé de ne pas pouvoir avoir toujours raison. », *Droits*, n°55, 2012, p. 41.

VIALA, Alexandre,

- « De la dualité du *sein* et du *sollen* pour mieux comprendre l'autorité de la chose interprétée », *RDP*, 2001, p. 784.
- « Les vertus dialogiques de la parole », in V. Fortier, S. Lebel-Grenier (dir.), *La parole et le droit, Rencontres juridiques Montpellier - Sherbrooke*, éd. Univ. de Montpellier et Univ. de Sherbrooke, 2009, p. 45.
- « De la puissance à l'acte: la QPC et les nouveaux horizons de l'interprétation conforme », *RDP*, 2011, p. 965.
- « Un PFRLR contre le mariage gay ? Quand la doctrine fait dire au juge le droit qu'elle veut qu'il dise », *RDLF*, 2013, chron. n°4 [en ligne uniquement : <http://www.revuedlf.com>].

VIATTE, Jean, « Le mandat ad litem », *Gaz. Pal.*, Rec. doct. 1976, p. 392.

VIGNAUX, Georges, « Argumentation et discours de la norme », *Langages*, 1979, p. 67.

VIGNEAU, Vincent,

- Le régime de la non-admission des pourvois devant la Cour de cassation », *D.* 2010, p. 102.
- « La cassation en matière civile », 2012, [en ligne: <https://fr.scribd.com>].

VOULET, Jacques,

- « L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP G.*, I, 1970, p. 2305.
- « L'irrecevabilité des moyens nouveaux devant la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.*, I, 1973, p. 2544.

WACHSMANN, Patrick, « La volonté de l'interprète », *Droits*, n°28, 1999, p. 29.

WEBER, Jean-François,

- « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Cycle droit et technique de cassation*, *BICC*, n°702, 2009.
- « Du moyen à l'arrêt : la technique de cassation au service du droit », *Cycle droit et technique de cassation*, 2010, [en ligne: www.courdecassation.fr].

WRÓBLEWSKI, Jerzy, « Les langages juridiques, une typologie », *Droit et Société*, n°8, 1988, p. 13.

ZÉNATI, Frédéric,

- « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *D.* 1992, p. 247.
- « L'avenir des revues juridiques et la séparation de la théorie et de la pratique », *RTD Civ.*, 2002, p. 691.
- « La nature de la Cour de cassation », *BICC*, n°575, 2003.
- « La notion de divergence de jurisprudence », in Pascal Ancel, Marie-Claire Rivier (dir.), *Les divergences de jurisprudence*, Publications de l'Université de Saint-Etienne / Droit, 2003, LGDJ, p. 53.

V. ACTES DE COLLOQUES, PROJETS, RAPPORTS ET DISCOURS OFFICIELS

ASSOCIATION HENRI CAPITANT,

- *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Tome XXXI, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées italiennes, 1980, Paris, Economica, 1982.
- *Le rôle de la pratique dans la formation du droit*, Tome XXXIV, Travaux de l'association Henri Capitant, Journées suisses de Lausanne, Economica, 1985.
- *La place du juriste face à la norme*, Journées nationales, tome XVI, Rennes [le 6 avril 2011], Paris, Dalloz, 2012.

BARADUC, Élisabeth, « Le rôle des avocats aux Conseils dans les revirements de jurisprudence », *discours d'ouverture de la conférence de stage des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, 13 déc. 2000.

COUR DE CASSATION,

- « Fiche méthodologique sur l'interprétation et la portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *BICC*, n°661, 2007, p. 6 à 21.
- *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 3^e éd., Paris, LexisNexis, 2012.
- *Rapport annuel 2012 - La preuve*, La documentation française, 2013.

ORDRE DES AVOCATS AUX CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION, *Le juge de cassation en Europe*, Acte du colloque du 10 mars 2011, Cour de cassation, 20^{ème} anniversaire de l'Association européenne des barreaux des Cours suprêmes, Paris, Dalloz, 2012.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE, Avant-projet de réforme du Code civil par voie d'ordonnance, accessible le site du ministère de la Justice :
[http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf].

MOLFESSIS, Nicolas (dir.), *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005.

SÉNAT, *L'office du juge*, Actes du colloque du 29 et 30 septembre 2006 au Sénat, Paris, 2006 [en ligne : <http://www.senat.fr>].

UNIVERSITÉ DE CAEN BASSE-NORMANDIE, *Les cliniques juridiques*, Caen, 5 et 6 déc. 2013 (absence de publication).

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS, *La réforme du droit des contrats*, Paris, 3 avril 2015 (en attente de publication).

VI. ARTICLES DE PRESSE

BORREDON, Laurent, « L'éphémère tribune anti-Valls d'une proche de Mme Taubira », *Le Monde.fr*, 20 juin 2013, [en ligne : <http://www.lemonde.fr/>].

DELVOLÉ, Pierre, « Mariage: Un homme, une femme », *Le Figaro*, 7 novembre 2012, [en ligne : <http://www.lefigaro.fr/>].

DUPRÉ DE BOULOIS, Xavier et **ROMAN**, Diane, « Le mariage, Napoléon et la Constitution », *Le Figaro*, 18 novembre 2012.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, **AGACINSKY**, Sylviane, **ABÉCASSIS**, Éliette, **BOVÉ**, José et **ONFRAY**, Michel, « Non aux mères-fantômes » *Le Monde*, 16 juin 2015.

TOURNAFOND, Olivier, « Taubira veut déconstruire le Code Napoléon », *JDD*, 28 oct. 2014, [en ligne : <http://www.lejdd.fr/>].

VII. SITES INTERNET ET BLOGS

CENTRE PERELMAN DE PHILOSOPHIE DU DROIT,

<http://www.youtube.com/user/centreperelman/> (Consulté le 07/08/2014).

COMBATS POUR LES DROITS DE L'HOMME,

<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/>

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, <http://www.mafr.com/> (Consulté le 08/06/2014).

MAINGUY, Daniel, <http://www.daniel-mainguy.fr/> (Consulté le 08/06/2014).

MAÎTRE EOLAS, <http://www.maitre-eolas.fr/> (Consulté le 07/08/2014).

MAÎTRE MÔ, <http://maitremo.fr> (Consulté le 07/08/2014)

INDEX DES POURVOIS ET DÉCISIONS CITÉES

I. COUR DE CASSATION

Les arrêts de la Cour de cassation sont classés par date puis par numéro de bulletin ou, en l'absence de publication, par numéro de pourvoi.

Les arrêts référencés le sont par rapport à leur contenu et plus particulièrement parce qu'ils rapportent les moyens soulevés à l'appui du pourvoi, objet de la présente étude.

A. Travaux préparatoires (rapports et avis)

Ces travaux sont classés par auteur puis par date. Sauf indication contraire, tous les avis et les rapports précités sont accessibles en ligne sur le site de la Cour de cassation [<http://www.courdecassation.fr>].

AZIBERT, avis sur :

- Ass. plén., 22 avril 2011, n°09-69.052.
- Ass. plén., 3 juin 2011, n°09-71.352.

BENMAKHLOUF, avis sur :

- Ass. plén., 28 mars 2003, n°01-12.228.
- Ass. plén., 6 juin 2003, n°01-12.453.
- Ass. plén., 6 févr. 2004, n°01-21.435.
- Ass. plén., 16 avril 2004, n°02-18.231.
- Ass. plén., 9 juil. 2004, n°02-21.040.
- Ass. plén., 6 déc. 2004, n°03-11.238.
- Ass. plén., 7 juil. 2006, n°04-10.672.

BETCH, avis sur Ass. plén., 11 mars 2005, n°03-20.484.

BONNET, avis sur Ass. plén., 10 avril 2009, n°08-10.154.

CAVARROC, avis sur Ass. plén., 22 avril 2005, n°02-15.180.

CHAGNY, rapport sur Ass. plén., 6 févr. 2004, n°01-21.435, n°03-30.070, n°03-30.086, n°03-30.305.

CHARRUAULT, rapport sur Ass. plén., 7 juil. 2006, n°04-10.672.

COLLOMP, rapport sur Ass. plén., 7 mai 2014, n°02-10.450.

DOMINGO, avis sous Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, *Gaz. Pal.*, Rec. jurisp. 2007, p. 10.

DONTENWILLE, avis sur Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105, *JCP. G.*, II, 1991, p. 381.

FEUILLARD, avis sur Ass. plén., 21 févr. 2003, n°01-16.450.

GABET, rapport sur Ass. plén., 13 mars 2009, n°08-16.033.

GARIAZZO, avis sur :

- Ass. plén., 10 juin 2005, n°03-18.922.

- Ass. plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255.

GOUTTES (de), avis sur :

- Ass. plén., 4 mars 2005, n°03-11.725.
- Ass. Plén., 14 avril 2006, n°02-11.168.

JÉOL avis sur :

- Ass. plén., 30 juin 1995, n°94-20.302, *D.* 1995, p. 513.
- Ass. Plén., 1^{er} déc. 1995, n°91-15.999, n°91-19.653, n°91-15.578, n°93-13.688, *D.* 1996, p. 13.

LAFORTUNE, avis sur Ass. plén., 9 oct. 2006, n°06-14.975, n°06-11.056, n°06-15.377, n°06-11.056, n°06-11.307.

LORIFERNE, rapport sur Ass. plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343.

MARIN, avis sur Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369.

PALOQUE, rapport sur Ass. plén., 4 mars 2005, n°03-11.725.

B. Arrêts

1. Chambre civile

Civ., 23 nov. 1852, *DP* 1852, I, p. 324.

Civ., 7 janv. 1891, *DP* 1891, I, p. 51.

Civ., 6 août 1894, *DP* 1895, I, p. 389.

Civ., 6 avril 1903, *DP* 1904, I, p. 395.

Civ., 21 nov. 1911, *DP* 1913, I, p. 249.

Civ., 22 déc. 1922, *S.* 1924, I, p. 235.

Civ., 23 oct. 1950, *Bull. civ.* II, n° 302.

Civ., 23 juin 1955, *D.* 1955, p. 653.

2. Chambre des requêtes (supprimée en 1947)

Req., 19 août 1834, *DP* 1835, I, p. 452.

Req., 2 avril 1851, *DP* 1851, I, p. 74.

Req., 12 févr. 1871, *DP* 1872, I, p. 56.

Req., 5 janv. 1875, *DP* 1876, I, p. 15.

Req., 5 juil. 1875, *DP* 1875, I, p. 475.

Req., 21 déc. 1891, *DP* 1892, I, p. 543.

3. Première Chambre civile

Civ. 1^{ère}, 7 déc. 1953, *Bull. civ.* I, n°353.

Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1953, *D.* 1954, p. 145.

Civ. 1^{ère}, 22 déc. 1953, *Bull. civ.* I, n°378.

Civ. 1^{ère}, 4 mai 1957, *Bull. civ.* I, n°190.

Civ. 1^{ère}, 13 janv. 1959, n°57-12.459, *Bull. civ.* I, n°22.

Civ. 1^{ère}, 17 mai 1961, *Bull. civ.* I, n°254.

Civ. 1^{ère}, 19 oct. 1964, *Bull. civ.* I, n°451.

Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1965, n°63-10.060, *Bull. civ. I*, n°10.

Civ. 1^{ère}, 27 oct. 1965, *Bull. civ. I*, n°57.

Civ. 1^{ère}, 13 févr. 1967, *Bull. civ. I*, n°58.

Civ. 1^{ère}, 20 mai 1969, n°67-11.414, *Bull. civ. I*, n°193.

Civ. 1^{ère}, 23 juin 1969, *Bull. civ. I*, n°241.

Civ. 1^{ère}, 22 oct. 1969, *Bull. civ. I*, n°309.

Civ. 1^{ère}, 21 juil. 1970, n°69-11.758, *Bull. civ. I*, n°246.

Civ. 1^{ère}, 16 déc. 1975, n°73-10.615, *Bull. civ. I*, n°374.

Civ. 1^{ère}, 3 nov. 1976, n°75-11.425, *Bull. civ. I*, n°320.

Civ. 1^{ère}, 4 janv. 1978, n°75-14.031, *Bull. civ. I*, n°3.

Civ. 1^{ère}, 22 févr. 1978, n°76-11.551, *Bull. civ. I*, n°74.

Civ. 1^{ère}, 11 juil. 1978, n°77-60.273, *Bull. civ. I*, n°263.

Civ. 1^{ère}, 15 janv. 1980, n°79-16.124, *Bull. civ. I*, n°25.

Civ. 1^{ère}, 19 mai 1981, n°80-10.907, *Bull. civ. I*, n°166.

Civ. 1^{ère}, 26 oct. 1983, n°82-13.560, *Bull. civ. I*, n°249.

Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1984, n°82-14.677, *Bull. civ. I*, n°28.

Civ. 1^{ère}, 19 déc. 1984, n°84-80.024, *Bull. civ. I*, n°342.

Civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985, n°83-16.928, *Bull. civ. I*, 1985, n°24.

Civ. 1^{ère}, 23 avril 1986, n°84-15.244, *Bull. civ. I*, n°60.

Civ. 1^{ère}, 25 mai 1987, n°84-14.996, *Bull. civ. I*, n°169.

Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1988, n°86-14.856, *Bull. civ. I*, n°38.

Civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, n°86-18.182, *Bull. civ. I*, n°69.

Civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n°85-12.609, *Bull. civ. I*, n°202.

Civ. 1^{ère}, 31 janv. 1989, n°87-11.829, *Bull. civ. I*, n°55.

Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, n°87-11.493, *Bull. civ. I*, n°118.

Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, n°87-15.450, *Bull. civ. I*, n°127.

Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, n°87-18.517, *Bull. civ. I*, n°140.

Civ. 1^{ère}, 24 mai 1989, n°87-17.931, *Bull. civ. I*, n°211.

Civ. 1^{ère}, 13 déc. 1989, n°88-15.655, *Bull. civ. I*, n°387.

Civ. 1^{ère}, 17 janv. 1990, n°88-18.000.

Civ. 1^{ère}, 25 mars 1991, n°88-19.729, *Bull. civ. I*, n°10.

Civ. 1^{ère}, 28 janv. 1992, n°90-16.200, *Bull. civ. I*, n°28.

Civ. 1^{ère}, 7 juil. 1992, n°91-10.162, *Bull. civ. I*, n°221.

Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1992, n°01-17.520, *Bull. civ. I*, n°246.

Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1992, n°90-12.697.

Civ. 1^{ère}, 3 janv. 1993, n°90-20.426, *Bull. Civ. I*, n°8.

Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1993, n°89-19.033, *Bull. Civ. I*, n°60.

Civ. 1^{ère}, 5 mai 1993, n°91-18.047, *Bull. civ. I*, n°159.

Civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n°92-10.987, *Bull. civ. I*, n°344.

Civ. 1^{ère}, 16 févr. 1994, n°91-17.270, *Bull. civ. I*, n°68.

Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°91-21.009, *Bull. civ. I*, n°348

Civ. 1^{ère}, 29 nov. 1994, n°92-16.267.

Civ. 1^{ère}, 24 oct. 1995, n°93-20.433, *Bull. civ. I*, n°373.

Civ. 1^{ère}, 30 oct. 1995, n°93-14.236, *Bull. civ.,I*, n°378.

Civ. 1^{ère}, 17 juil. 1996, n°92-19.017, *Bull. civ. I*, n°323.

Civ. 1^{ère}, 25 nov. 1997, n°95-22.240, *Bull. civ. I*, n°328.

Civ. 1^{ère}, 17 févr. 1998, n°95-21.715, *Bull. civ. I*, n°67.

Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2000, n°97-22.387.

Civ. 1^{ère}, 29 févr. 2000, n°98-22.517.

.Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n°98-11.982, *Bull. civ. I*, n°97.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n°97-18.737, *Bull. civ. I*, n°101.

Civ. 1^{ère}, 3 mai 2000, n°98-11.381, *Bull. civ. I*, n°131.

Civ. 1^{ère}, 10 mai 2000, n°99-15.696, *Bull. civ. I*, n°136.

Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, n°00-14.564, *Bull. civ. I*, n°249.

Civ. 1^{ère}, 10 juil. 2002, n°00-13.669, *Bull. Civ. I*, n°192.

Civ. 1^{ère} 16 mars 2004, n°01-15.804, *Bull. civ. I*, n°86.

Civ. 1^{ère}, 25 mai 2004, n°02-12.268, *Bull. civ. I*, n°14.

Civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, n°02-12.268, *Bull. civ. I*, n°265.

Civ. 1^{ère}, 8 févr. 2005, n°01-10.309, *Bull. civ. I*, n°76.

Civ. 1^{ère}, 14 juin 2005, n°04-18.170.

Civ. 1^{ère}, 26 sept. 2006, n°04-20.327.

Civ. 1^{ère}, 13 mars 2007, n°05-16.627, *Bull. civ. I*, n°113.

Civ. 1^{ère}, 12 juil. 2007, n°06-15.090, *Bull. civ. I*, n°265.

Civ. 1^{ère}, 12 déc. 2007, n°06-19.653, *Bull. civ. I*, n°391.

Civ. 1^{ère}, 2 avril 2008, n°07-15.820, *Bull. civ. I*, n°100.

Civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n°05-21.822, *Bull. civ. I*, n°145.

Civ. 1^{ère}, 5 juin 2008, n°07-12.960.

Civ. 1^{ère}, 19 juin 2008, n°07-15.341.

Civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, n°08-15.899, *Bull. civ. I*, n°92.

Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n°07-14.932, *Bull. civ. I*, n°124.

.Civ. 1^{ère}, 8 déc. 2009, n°08-17.531.

Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2010, n° 00-15.119.

Civ. 1^{ère}, 17 févr. 2010, n°08-14.441, *Bull. civ. I*, n°264.

Civ. 1^{ère}, 16 sept. 2010, n°09-67.456, *Bull. civ. I*, n°174.

Civ. 1^{ère}, 23 juin 2011, n°10-15.811, *Bull. civ. I*, n°123.

Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2011, n°10-24.550, *Bull. civ. I*, n°214.

Civ. 1^{ère}, 30 mai 2012, n°11-14.929.

Civ. 1^{ère}, 16 janv. 2013, n°12-12.647, *Bull. civ. I*, n°1.

Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2013, n°11-10.588, *Bull. civ. I*, n°9.

Civ. 1^{ère}, QPC, 20 févr. 2013, n°12-20.544.

Civ. 1^{ère}, 27 févr. 2013, n°12-15.441, *Bull. civ. I*, n°23.

Civ. 1^{ère}, 20 mars 2013, n°12-14.432, *Bull. civ. I*, n°53.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2013, n°11-11.320, *Bull. civ. I*, n°58.

Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-13.902, *Bull. civ. I*, n°79.

Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n°12-21.443, *Bull. civ. I*, n°82.

Civ. 1^{ère}, 16 mai 2013, n°12-12.207, *Bull. civ. I*, n°100.

Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-15.001, *Bull. civ. I*, n°109.

Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-21.780, *Bull. civ. I*, n°110.

Civ. 1^{ère}, 29 mai 2013, n°12-21.194, *Bull. civ. I*, n°117.

Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n°12-15.618, *Bull. civ. I*, n°167.

Civ. 1^{ère}, 11 sept. 2013, n°12-17.784, *Bull. civ. I*, n°173.

Civ. 1^{ère}, 13 sept. 2013, n°12-30.138, *Bull. civ. I*, n°176.

Civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n°12-25.941, *Bull. civ. I*, n°197.

Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n°12-25.266, *Bull. civ. I*, n°222.

Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n°12-29.474, *Bull. civ. I*, n°226.

Civ. 1^{ère}, 20 nov. 2013, n°12-21.621, *Bull. civ. I*, n°227.

Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, n°12-26.621, *Bull. civ. I*, n°247.

Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2013, n°12-26.571, *Bull. civ. I*, n°251.

Civ. 1^{ère}, 19 déc. 2013, n°13-11.807, *Bull. civ. I*, n°172.

Civ. 1^{ère}, QPC, 17 sept. 2014, 14-13.236.

Civ. 1^{ère}, 4 juin 2014, n°13-14.363.

Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-19.729, *Bull. civ. I*, n°178.

Civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n°13-26.081.

Civ. 1^{ère}, 18 déc. 2014, n°14-15.989.

Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2015, n°13-20.701, *Bull. civ. I*, n°97.

Civ. 1^{ère}, 19 mars 2015, n°13-27.414, *Bull. civ. I*, n°305.

4. Deuxième Chambre civile

Civ. 2^{ème}, 18 juil. 1960, *Bull. civ. II*, n°249.

Civ. 2^{ème}, 29 nov. 1963, *Bull. civ. II*, n° 787.

Civ. 2^{ème}, 5 avril 1965, n°63-11.483, *Bull. civ. II*, n°343.

Civ. 2^{ème}, 28 mai 1968, *Bull. civ. II*, n°154.

Civ. 2^{ème}, 4 mai 1973, n°73-60.076, *Bull. civ. II*, n°149.

Civ. 2^{ème}, 4 janv. 1974, *Bull. civ. II*, n°3.

Civ. 2^{ème}, 23 oct. 1974, n°73-14.702, *Bull. civ. II*, n°274.

Civ. 2^{ème}, 30 juin 1977, n°76-14.718, *Bull. civ. II*, n°171.

Civ. 2^{ème}, 6 juil. 1978, n°77-11.415, *Bull. civ. II*, n°184.

Civ. 2^{ème}, 17 nov. 1982, n°81-11.002, *Bull. civ. II*, n°144.

Civ. 2^{ème}, 20 janv. 1983, n°81-13.179, *Bull. civ. II*, n°15.

Civ. 2^{ème}, 23 mai 1984, n°83-11.211, *Bull. civ. II*, n°88.

Civ. 2^{ème}, 7 nov. 1984, n°83-13.938, *Bull. civ. II*, n° 159.

Civ. 2^{ème}, 21 juil. 1986, n°84-17.442, *Bull. civ. II*, n°115.

Civ. 2^{ème}, 21 oct. 1987, 86-15.205, *Bull. civ. II*, n°202.

Civ. 2^{ème}, 22 juin 1988, n°93-13.970, *Bull. civ. II*, n°51.

Civ. 2^{ème}, 14 mars 1990, n°89-10.505.

Civ. 2^{ème}, 7 juin 1990, n°89-14.334, *Bull. civ. II*, n°124.

Civ. 2^{ème}, 26 nov. 1990, n°89-18.346, *Bull. civ. II*, n°249.

Civ. 2^{ème}, 26 nov. 1990, n°90-12.812, *Bull. civ. II*, n°245.

Civ. 2^{ème}, 27 nov. 1991, n°91-15.678, *Bull. civ. II*, n°322.

Civ. 2^{ème}, 11 mars 1992, n°90-21.068, *Bull. civ. II*, n°75.

Civ. 2^{ème}, 22 avril 1992, n°90-20.583, *Bull. civ. II*, n°123.

Civ. 2^{ème}, 17 juin 1992, n°92-50.002, *Bull. civ. II*, n°166.

Civ. 2^{ème}, 25 mai 1993, n°91-21.559.

Civ. 2^{ème}, 16 juil. 1993, n°93-60.091, *Bull. civ. II*, n°258.

Civ. 2^{ème}, 20 juil. 1993, n°92-11.266.

Civ. 2^{ème}, 23 mars 1994, n° 92-12.553 , n°92-14.296, *Bull. civ. II*, n°100.

Civ. 2^{ème}, 19 mai 1998, n°96-17.349, *Bull. civ. II*, n°158.

Civ. 2^{ème}, 24 juin 1998, n°96-14.161, *Bull. civ. II*, n°207.

Civ. 2^{ème}, 26 oct. 2000, n°98-19.387, *Bull. civ. II*, n°185.

Civ. 2^{ème}, 30 nov. 2000, n°99-10.923, *Bull. civ. II*, n°157.

Civ. 2^{ème}, 15 nov. 2001, n°00-11.891.

Civ. 2^{ème}, 24 janv. 2002, n°99-16.576, *Bull. civ. II*, n°5.

Civ. 2^{ème}, 16 oct. 2003, n°01-17.520, *Bull. civ. II*, n°305.

Civ. 2^{ème}, 22 janv. 2004, n°01-11.665, *Bull. civ. II*, n°14.

Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, n°02-10.975.

Civ. 2^{ème}, 8 juil. 2004, n°01-10.426, *Bull. civ. II*, n°387.

Civ. 2^{ème}, 21 avril 2005, n°03-15.607, *Bull. civ. II*, n°116.

Civ. 2^{ème}, 22 févr. 2007, n°06-10.131, *Bull. Civ. II*, n°49.

Civ. 2^{ème}, 7 mai 2009, n°08-17.325.

Civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009, n°08-16.698, *Bull. civ. II*, n°276.

Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2009, n°08-70.326.

Civ. 2^{ème}, 14 oct. 2010, n°09-14.033, *Bull. civ. II*, n°170.

Civ. 2^{ème}, 30 juin 2011, n°08-15.816.

Civ. 2^{ème}, 28 juin 2012, n°11-14.938, *Bull. civ. II*, n°119.

Civ. 2^{ème}, 9 janv. 2014, n°13-12.037.

Civ. 2^{ème}, 8 janv. 2015, n°13-27.919.

Civ. 2^{ème}, 12 févr. 2015, n°13-25.985, *Bull. civ. II*, n°217.

Civ. 2^{ème}, 19 févr. 2015, n°14-10.268, *Bull. civ. II*, n°259.

Civ. 2^{ème}, 2 avril 2015, n°14-13.387.

5. Troisième Chambre civile

Civ. 3^{ème}, 26 juin 1969, *Bull. civ. III*, n°527.

Civ. 3^{ème}, 26 juin 1969, *Bull. civ. III*, n°529.

Civ. 3^{ème}, 15 janv. 1971, n°69-12.180, *Bull. civ. III*, n°38.

Civ. 3^{ème}, 4 déc. 1973, n°72-13.489, *Bull. civ. III*, n°612.

Civ. 3^{ème}, 29 mai 1980, n°78-16.047, *Bull. civ. III*, n°107.

Civ. 3^{ème}, 2 févr. 1982, n°80-15.295.

Civ. 3^{ème}, 7 mars 1984, n°83-70.012, *Bull. civ. III*, n°65.

Civ. 3^{ème}, 14 juin 1984, n°83-11.760, *Bull. civ. III*, n°118.

Civ. 3^{ème}, 19 juin 1984, n°83-10.901, *Bull. civ. III*, n°120.

Civ. 3^{ème}, 13 avril 1988, n°86-17.824, *Bull. civ. III*, n°67.

Civ. 3^{ème}, 22 juin 1988, n°86-16.263, *Bull. civ. III*, n°1.

Civ. 3^{ème}, 25 janv. 1989, n°86-11.806, *Bull. civ. III*, n°20.

Civ. 3^{ème}, 15 févr. 1989, n°87-16.831, *Bull. civ. III*, n°35.

Civ. 3^{ème}, 31 oct. 1989, n°86-14.466, *Bull. civ. III*, n°199.

Civ. 3^{ème}, 6 févr. 1991, n°89-14.514, *Bull. civ. III*, n°48.

Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n°88-11.410, *Bull. civ. III*, n°107.

Civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, n°89-16.975, *Bull. civ. III*, n°108.

Civ. 3^{ème}, 8 janv. 1992, n°89-19.829.

Civ. 3^{ème}, 26 mai 1992, n°90-18.391, *Bull. civ. III*, n°167.

Civ. 3^{ème}, 30 avril 1997, n°95-17.597, n°95-17.598, *Bull. civ. III*, n°96.

Civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 2000, n°98-10.496, *Bull. civ. III*, n°45.

Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, n°99-11.203, *Bull. civ. III*, n°171.

Civ. 3^{ème}, 9 mai 2001, n°99-17.130.

Civ. 3^{ème}, 6 oct. 2004, n°02-20.755, *Bull. civ. III*, n°167.

Civ. 3^{ème}, 27 oct. 2004, n°03-15.151, *Bull. civ. III*, n°178.

Civ. 3^{ème}, 30 nov. 2005, n°05-15.580.

Civ. 3^{ème}, 8 mars 2006, n°05-11.527, *Bull. civ. III*, n°57.

Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n°06-10.442, *Bull. civ. III*, n°5.

Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2007, n°05-21.814, *Bull. civ. III*, n°25.

Civ. 3^{ème}, 23 mai 2007, n°06-18.152, *Bull. civ. III*, n°87.

Civ. 3^{ème}, 16 déc. 2009, n°08-21.803.

Civ. 3^{ème}, 17 févr. 2010, n°08-21.360, *Bull. civ. III*, n°4.

Civ. 3^{ème}, QPC, 30 nov. 2010, *Bull. QPC*, n°7.

Civ. 3^{ème}, 18 oct. 2011, n°10-23.227.

Civ. 3^{ème}, 26 mai 2012, n°90-18.722.

Civ. 3^{ème}, 9 juil. 2014, n°13-19.061, *Bull. civ. III*, n°89.

6. Chambre commerciale

Com., 10 juill. 1951, *Bull. civ. IV*, n°228.

Com., 13 avril 1961, *Bull. civ. IV*, n°154.

Com., 27 oct. 1965, *Bull. civ. IV*, n°534.

Com., 27 avril 1971, n°70-10.752, n°70-10.753, n°69-13.010, *Bull. civ. IV*, n°107.

Com., 11 janv. 1978, n°77-11.624, *Bull. civ. IV*, n°225.

Com., 3 mai 1979, n°77-15.187.

Com., 19 mai 1980, n°79-10.796, *Bull. civ. IV*, n°203.

Com., 7 juil. 1981, n°79-16.057, *Bull. civ. IV*, n°305.

Com., 9 nov. 1982, n°80-16.473, *Bull. civ. IV*, n°341.

Com., 31 mai 1983, n°81-16.493, n°82-10.312, n°82-10.313, *Bull. civ. IV*, n°161.

Com., 15 oct. 1985, n°84-10.779, *Bull. civ. IV*, n°327.

Com., 27 mai 1986, n°84-14.154, *Bull. civ. IV*, n°144.

Com., 7 mars 1989, n°87-17.212, *Bull. civ. IV*, n°79.

Com., 30 janv. 1990, n°87-14.493.

Com., 13 nov. 1990, n°89-12.826, *Bull. civ. IV*, n°272.

Com., 22 mai 1991, n°89-15.406, *Bull. civ. IV*, n°176.

Com., 5 nov. 1991, n°90-11.694, *Bull. civ. IV*, n°335.

Com., 21 avril 1992, n°90-16.521, *Bull. civ. IV*, n°171.

Com., 3 nov. 1992, n°90-18.547, *Bull. civ. IV*, n°338.

Com., 11 janv. 1994, n°91-20.462, *Bull. civ. IV*, n°17.

Com., 26 avril 1994, n°92-13.862, *Bull. civ. IV*, n°159.

Com., 19 déc. 1995, n°94-10.581 et n°94-10.582, *Bull. civ. IV*, n°308.

Com., 26 mars 1996, n°94-14.320, *Bull. civ. IV*, n°96.

Com., 12 nov. 1997, n°96-11.147.

Com., 20 janv. 1998, n°96-13.295.

Com., 10 févr. 1998, n°95-21.906, *Bull. civ. IV*, n°71.

Com., 3 mars 1998, n°95-17.921.

Com., 17 mars 1998, n°95-20.764.

Com., 17 mars 1998, n°95-43.416.

Com., 6 oct. 1998, n°96-14.598.

Com., 24 nov. 1998, n°96-18.357, *Bull. civ. IV*, n°277.

Com., 26 nov. 1999, n°97-15.794, *Bull. civ. IV*, n°184.

Com., 27 juin 2000, n°97-22.296.

Com., 25 avril 2001, n°98-13.456, *Bull. civ. IV*, n°78.

Com., 14 janv. 2003, n°00-11.781.

Com., 8 nov. 2005, n°01-12.896, *Bull. civ. IV*, n°234.

Com., 17 janv. 2006, n°03-12.382, *Bull. civ. IV*, n°39.

Com., 11 juil. 2006, n°05-15.471.

Com., 10 juil. 2007, n°01-14.768, *Bull. civ. IV*, n°188.

Com., 13 nov. 2007, n°05-13.248, *Bull. civ. IV*, n°243.

Com., 28 sept. 2010, n°09-13.888, *Bull. civ. IV*, n°145.

Com., 26 oct. 2010, *Bull. civ. IV*, n°159.

Com., 12 juill. 2011, n°10-19.279.

Com., 3 avril 2012, n°11-16.301.

Com., 1^{er} avril 2014, n°13-11.313, *Bull. civ. IV*, n°354.

7. Chambre sociale

Soc., 17 mai 1958, *Bull. civ. V*, n°595.

Soc., 17 févr. 1960, *Bull. civ. V*, n°193.

Soc., 5 nov. 1965, *Bull. civ. V*, n° 752.

Soc., 3 juil. 1967, *Bull. civ. V*, n°135.

Soc., 20 janv. 1972, n°70-40.545, *Bull. civ. V*, n°34.

Soc., 5 oct. 1978, n°77-40.616, *Bull. civ. V*, n°645.

Soc., 6 mai 1982, n°79-42.739, *Bull. civ. V*, n°279.

Soc., 9 déc. 1985, n°84-44.536, *Bull. civ. V*, n°578.

Soc., 12 mars 1987, n°85-60.573, *Bull. civ. V*, n°162.

Soc., 11 oct. 1990, n°86-45.320, *Bull. civ.* V, n°459.

Soc., 8 avril 1992, n°89-41.548, *Bull. civ.* V, n°258.

Soc., 14 mai 1992, n°89-45.300, *Bull. civ.* V, n°309.

Soc., 20 oct. 1993, n°90-45.045.

Soc., 5 janv. 1995, n°89-41.010.

Soc., 17 déc. 1996, n°95-41.858, *Bull. civ.* V, n°445.

Soc., 21 janv. 1998, n°94-44.332, *Bull. civ.* V, n°23.

Soc., 14 oct. 1998, n°95-41.763 et n°95-42.912, *Bull. civ.* V, n° 422.

Soc., 10 juil. 2002 n°00-45.135, n°00-45.387, n°99-43.334 et n°99-43.336, *Bull. civ.* V, n°239.

Soc., 17 déc. 2004, n°03-40.008, *Bull. civ.* V, n°346.

Soc., 20 juin 2007, n°06-43.005.

Soc., 26 déc. 2008, n°07-43.862.

Soc., 28 janv. 2009, n°07-42.287, *Bull. civ.* V, n°27.

Soc., 6 mai 2009, n°07-44.485, *Bull. civ.* V, n°126.

Soc., 22 sept. 2010, n°09-40.968, *Bull. civ.* V, n°91.

Soc., 7 mars 2012, n°10-30.835.

Soc., 14 nov. 2012, n°11-22.644.

Soc., 4 déc. 2012, n°11-26.294.

Soc., 19 mars 2013, n°11-28.845, *Bull. civ.* V, n°75.

Soc., 2 avril 2014, n°12-29.825, *Bull. civ.* V, n°95.

Soc., 4 févr. 2015, n°13-28.855.

8. Chambre criminelle

Crim., 29 nov. 1834, *S.* 1835, I, p. 228.

Crim., 14 déc. 1965, n°65-91.399, *Bull. crim.*, n°274.

Crim., 16 nov. 1972, n°71-91.470, *Bull. crim.*, n°345.

Crim., 13 oct. 1980, n°79-90.780, *Bull. crim.*, n°256.

Crim., 7 mars 2007, n°06-84.160, *Bull. crim.*, n°67.

9. Chambre mixte

Mixte, 30 avril 1971, n°61-11.829, *Bull. mixte*, n°8.

Mixte, 24 mai 1975, *Soc. des Cafés Jacques Vabre*, 73-13.556, *D.* 1975, p. 497.

Mixte, 31 mars 1981, n°80-12.125, *Bull. mixte*, n°3.

Mixte, 23 nov. 2004, n°01-13.592, n°02-11.352, n°02-17.507, n°03-13.673, *Bull. mixte*, n°4.

Mixte, 28 janv. 2005, n°02-19.153, *Bull. mixte*, n°1.

Mixte, 26 mai 2006, n°03-19.376, *Bull. mixte*, n°4.

Mixte, 6 avril 2007, n°05-16.375 et n°06-16.914, *Bull. mixte*, n°2.

10. Assemblée plénière

Ass. plén., 14 mai 1971, n°70-13.971, *Bull. Ass. plén.*, n°1.

Ass. plén., 6 févr. 1976, n°74-40.223, *Bull. Ass. plén.*, n°2.

Ass. plén., 7 févr. 1986, n°84-15.189, *Bull. Ass. plén.*, n°2.

Ass. plén., 6 juin 1986, n°85-13.478, *Bull. Ass. plén.*, n°9.

Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105, *Bull. Ass. plén.*, n°4.

Ass. plén., 12 juin 1991, n°90-13.602, *Bull. Ass. plén.*, n°5.

Ass. plén., 15 mai 1992, n°90-12.705, *Bull. Ass. plén.*, n°6.

Ass. plén., 9 juil. 1993, n°89-19.211, *Bull. Ass. plén.*, n°13.

Ass. plén., 30 juin 1995, n°94-20.302, *Bull. Ass. plén.*, n°4.

Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°93-13.688, n°91-15.999, n°91-19.653, n°91-15.578, *Bull. Ass. plén.*, n°7, 8 et 9.

Ass. plén., 25 févr. 2000, n°97-17.378, n°97-20.152, *Bull. Ass. plén.*, n°2.

Ass. plén., 17 nov. 2000, n°99-13.701, *Bull. Ass. plén.*, n°7.

Ass. plén., 29 juin 2001, n°99-85.973, *Bull. Ass. plén.*, n°8.

Ass. plén., 13 déc. 2002, n°00-13.787, *Bull. Ass. plén.*, n°4.

Ass. plén., 6 déc. 2004, n°03-10.713, *Bull. Ass. plén.*, n°14.

Ass. plén., 27 oct. 2006, n°05-18.977, *Bull. Ass. plén.*, n°13.

Ass. plén., 21 déc. 2006, n°00-20.493, *Bull. Ass. plén.*, n°15.

Ass. plén., 21 déc. 2006, n°05-11.966, *Bull. Ass. plén.*, n°548.

Ass. plén., 29 juin 2007, n°06-18.141, *Bull. Ass. plén.*, n°7.

Ass. plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343, *Bull. Ass. plén.*, n°10.

Ass. plén. 27 févr. 2009, n°07-19.841, *Bull. Ass. plén.*, n°1.

Ass. plén., 4 févr. 2011, n°09-14.619, *Bull. Ass. plén.*, n°2.

Ass. plén., 22 avril 2011, n°09-43.334, *Bull. Ass. plén.*, n°3.

Ass. plén., 25 juin 2014, n°13-28.369, *Bull. Ass. plén.*, n°1.

Ass. plén., 3 juil. 2015, n°14-21.323, *Bull. Ass. plén.*, n°619.

II. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Cons. Const. n° 80–113DC du 14 mai 1980, *Nature juridique des diverses dispositions du Code général des impôts relatives à la procédure contentieuse en matière fiscale*, considérant n°7, Rec. Cons. Const. p. 61.

Cons. const. n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, *Société Écocert France*, **JORF du 19 mai 2013, p. 8379.**

Cons. const. n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe*, JORF du 18 mai 2013, p. 8281, Rec. Cons. Const., p. 721.

Cons. const. n°2014-430 QPC 21 nov. 2014, - *Mme Barbara D. et autres*, **JORF 23 nov. 2014, p. 19678.**

Cons. const. n°2015-710DC du 12 févr. 2015, *Loi relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, JORF du 17 févr. 2015, p. 2969.

III. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH., 31 mars 1998, Reinhardt et Slimane Kaïd c/ France, n°23043/93 et 22921/93.

CEDH, 14 oct. 2003, X. c/ France, n°48943/99.

CEDH, 13 oct. 2005, Clinique des acacias c/ France, n°65399/01.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes. Lorsqu'un numéro est indiqué en gras, c'est parce qu'il renvoie au paragraphe le plus pertinent par rapport au terme indiqué.

-A-

Amicus curiae : 183, 184, 258

Arrêt (de la Cour de cassation)

Cassation (de)

Portée : 288, **294**

Sans renvoi : **288**, 293, 361, 377

Structure : 329 et s.

Visa : 333

Dispositif : **288**, 293, 294

Motivation : 324, v. égal. Motifs

Rejet (de)

Structure : 335 et s.

Visa : **338**, 364

Arrêt de règlement : 312, 384

Avis de la Cour de cassation

Sollicité : **182**, 232, 257

Spontané : **173**, 192, 404

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Définition : 7

Filtrage des recours : 12

Historique : 8

Jurisprudence antérieure : 345

Liberté d'interprétation : 86, **95**, 296

Monopole : 10

Officier ministériel : **9**, 89

Plaidoirie : 13

Responsabilité

Devoir de compétence : 345, **406**

Devoir de justification : 93 et s.

Devoir d'information : 91 et s.

Avocat général : **181**, 234

-C-

Cadre à l'interprétation authentique

Selon la TPD

Caractère obligatoire : 310

Conception essentialiste : 317

Détermination objective : 307 et s.

Interprétation hors-cadre : 312

Selon une conception réaliste :

Caractère contraignant : 319 et s.

Caractère non obligatoire : 318

Conception artificialiste : 317

Détermination subjective : 316

Effets sur la cohérence : 343 et s.

Cas d'ouverture à cassation

Contrariété de jugement : 114

Défaut de motifs : 120

Définition : 111 et s.

Excès de pouvoir : 113

Manque de base légale : **119**, 299, 300

Perte de fondement juridique : 115

Vice de forme : 116

Violation de la loi : 118, 317

Cassation sans renvoi : v. Arrêt

Consultation avant-pourvoi : v. Avocat aux Conseils

Consultation d'universitaire : 146, **169**

Contradictoire

Débat de cassation

Absence (de) : 357, 371, 387.

Techniques de substitution : 354

Moyens : v. Moyens

Norme jurisprudentielle : 428

Procédure : 17, **262**

Contraintes juridiques (TCJ)

Cohérence (de) : 321, **347 et s.**, 407
Définition : 77
Distinction avec les contraintes extra-juridiques : 410
Externe à l'interprète : 320
Hiérarchie (de) : 232, 288, **344**
Interne à l'interprète : 408
Justification (de) : 321
Lato sensu (par opposition à stricto sensu) : 103, **321**
Obligation (distinction) : **85**, 100

Cour de cassation

Assemblée plénière : 67, 288, 344, **418**, 433, 456.
Chambre mixte : **418**, 433, 456
Compétence : 70
Composition : 17, 69, 410
Définition : 16
Doctrine (de la) : 127, 217, **288**, 344, 401, 404
Position de revirement : 421, 462
Posture de cohérence : 412 et s.
Posture de convergence : 415
Posture de divergence : 417, **419**, 422
Saisine : 181, **262**
SDE : 173, **192**

-D-

Défendeur en cassation

Mémoire : 13, 108, **250**
Pourvoi incident : 294
Requête en rabat d'arrêt : 293
Rôle : **18**, 97, 222, 228, 303
Substitution de motifs suggérée : 355

Discours

Caractère orienté : **6**, 142, 320
Caractéristiques générales : 5
Distinction avec le langage : 6, **320**
Niveaux de discours : **24**, 25, 139, 387, 433

Dispositif (principe) : 17, **318**

Dogmatique

Caractéristiques générales : 137
Doctrinale : 172 et s.
Caractère rétrospectif : 194, **256**
Influence sur l'interprète authentique : 3, 256
Opérative :
Définition : 177
Extra-juridictionnelle : 183 et s.
Juridictionnelle : 178 et s.
Liée à l'interprète authentique : 207

-E-

École de l'Exégèse (légalisme) : 1, **60**, 488

-G-

Gouvernement des juges : 2

-H-

Hiérarchie des normes (TPD)

Définition : 32
Conception essentialiste : 317
Interprétation authentique (et) : 38
Norme fondamentale : 32

Homo juridicus

Avocat aux Conseils : **85**, 216, 268, 296, 345
Cour de cassation : 268, **321**, 408
Définition : 85
Juges du fond : 344

-I-

Intérêt du client : 225 et s.

Interprétation

Activité (d') : 29, 304

Authentique :

Au sens de la TPD : 38

Au sens de TRI : 66 et s.

Dogmatique (TRI) : 65

Politique (TPD) : 36, 45

Scientifique (TPD) : 37, 46

-J-

Juges du fond

Cadre de la saisine : 318

Contrainte hiérarchique : v. contrainte

Dévolution de compétence en cas de renvoi : 288, 361

Obiter dictum : 371

Motifs :

Abstraction (de) : 337, 351

Contradictoires : 120

Défaut (de) : 120

Généralités : 301, 355

Résistance (des) : 344, 361, 362

Juge-rapporteur : 181

Jurisprudence

Application immédiate : 428, 429

Définition : 1

Effet de circularité : 346

Modulation dans le temps : 398, 400, 427 et s.

Rétroactivité : 429

Revirement : 421, 428, 462

Jusnaturalisme : 20, 60, 144

-L-

Loi de Hume : 46, 67, 76

-M-

Mandat (ad litem) : 3, 13, 89, 226

Ministère public (v. avocat général)

Motifs (de la Cour de cassation)

Adoptés : 336

Définition : 324

Pur droit (de) : 354

Substitution (de)

Définition : 355

Voie d'achèvement du procès : 288,

355

Suppléance (de) : 337, 351, 377

Moyen

Admissibilité : 109 et s.

Contenu : 266, 280

Contradictoire : 127

De pur droit : 124, 128, 354

En défense : v. défendeur en cassation

Libre choix (par l'avocat) : 88

Nouveau : 119, 120, 128, 298, 302, 406

Opérant : 129

Ordre public (d') : 354, 374

Précision : 110, 122 et s., 296

Substitution (de) :

Définition : 356

Dissimulée : 334, 357

Voie d'achèvement du procès : 361

Visa (nécessité de contenir un) : 296

-N-

Non-admission : 104, 327, 336, 338, 424

Norme

Conception expressive : 52

Conception hylétique : 48

Définition normativiste : 32

Définition réaliste : 53, 66 et s., 158

En vigueur : 158

Proposition subjective (de) : 157, 158, 316

-O-

Obiter dictum

Auteurs : 371

Définition : **370** et s.

Motifs d'ordre public : 274

-P-

Pourvoi

Délai d'instruction : 108

Délai d'introduction : 107

Droit (au) : 12

Effet dévolutif

Définition : 286

Maîtrisé par le demandeur : **290**, 354

Restreint : **287**, 354

Extraordinaire : **10**, 264

Incident : 294

Objet du pourvoi : 106

Ordinaire : 12, **105**

Prédiction : 47, 76, 163, 205, 256

Principe extratextuel

Arrêt de la Cour de cassation : 449 et s.

Définition : 297

Moyen (visé dans un) : 297

Principe de vérité-correspondance : 162

-Q-

Qualification juridique : 98, **188**, 191, 436, 442

-R-

Référé législatif : **1**, 347

Requête en rabat d'arrêt : 293, 404

Recevabilité

Moyen (du) : 109 et s.

Pourvoi (du) : 105 et s.

-S-

Solidarisme contractuel : 144, 159, 194

Science du droit :

Au sens de la TPD : **37**, 47, 151

Au sens de la TRI : 75, 76.

-T-

Transaction (au stade de la cassation) : 262, **290**

Travaux préparatoires aux arrêts

Contenu : 233 et s.

Contrôle : **241** et s.

Lien avec l'interprétation authentique : 410

Objet : 221 et s

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	2
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	3
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION.....	7
I. L'objet de l'étude	14
II. Le champ de l'étude.....	31
III. La problématique de l'étude.....	38
 PREMIÈRE PARTIE : LA NATURE DOGMATIQUE DU DISCOURS.....	 44
Titre 1. Un discours procédant de la volonté.....	47
 Chapitre 1 : Un discours théoriquement fonction de la volonté.....	 49
Section 1. Le rejet de l'explication normativiste	50
§1. Le discours de l'avocat : une interprétation de « <i>politique juridique</i> », fonction de la volonté.....	52
A. Une qualification reposant sur une conception duale de l'interprétation	52
B. Une qualification révélant une perception biaisée de l'interprétation de l'avocat.....	56
1. Le paradoxe inhérent à la distinction entre l'interprétation de l'avocat et l'interprétation authentique	56
2. Un paradoxe insurmontable	58
§2. Le discours de l'avocat : une interprétation condamnée au désintérêt théorique	59
A. L'exclusion des discours de « <i>politique juridique</i> » du champ de la science du droit.....	59
B. Une exclusion fondée sur une conception hylétique des normes	62
Section 2. L'adoption de l'explication réaliste.....	65
§1. Le discours de l'avocat : une interprétation « <i>dogmatique</i> », nécessairement fonction de la volonté	68
A. Une qualification fondée sur une conception moniste de l'interprétation	68
1. Le point de départ de la qualification : le principe d'indétermination textuelle.....	68
2. Les conséquences du principe d'indétermination textuelle sur la perception de l'interprétation	72
B. Une qualification reposant sur une conception duale des résultats de l'interprétation	74
1. L'interprétation de l'avocat à l'origine d'une « <i>norme applicable</i> »	74
2. Un élément de distinction avec l'interprétation authentique	76
§2. Le discours de l'avocat : une interprétation susceptible d'étude théorique.....	81
A. Le renouvellement des fonctions de la science	82
B. Le discours de l'avocat : un terrain d'étude pour la théorie des contraintes juridiques	85
Conclusion du premier chapitre	88

Chapitre 2 : Un discours réellement fonction de la volonté	90
Section 1. La liberté d'interprétation de l'avocat aux Conseils	91
§1. La liberté de l'interprète, en qualité d'avocat	92
A. Le choix des moyens de cassation laissé à la discrétion de l'avocat	92
B. Les limites au libre choix par l'avocat des moyens de cassation	95
1. Le devoir d'information au profit du client	95
2. Le devoir de justification du refus d'accéder à la demande du client	96
§2. La liberté de l'avocat, en qualité d'interprète	97
A. La liberté de l'avocat face à un énoncé textuel vierge d'interprétation authentique	98
B. La liberté de l'avocat face à un énoncé textuel enrichi d'une interprétation authentique	101
Section 2. Une liberté soumise à des contraintes	104
§1. Les contraintes relatives à l'exercice du pourvoi	106
A. Les exigences relatives à la décision contestée par le pourvoi	107
B. Les exigences relatives aux délais encadrant l'exercice du pourvoi	108
§2. Les contraintes relatives à l'élaboration des moyens de cassation	109
A. Les exigences relatives au contenu du moyen de cassation	110
1. La précision relative au cas d'ouverture invoqué	111
2. Les précisions relatives à la décision faisant l'objet du pourvoi	118
B. Les exigences relatives aux qualités du moyen de cassation	119
Conclusion du deuxième chapitre	123
Conclusion du premier titre	125
 Titre 2. Un discours préparant l'interprétation authentique	 127
 Chapitre 1 : Un discours dogmatique opératif	 129
Section 1. L'unité des discours dogmatiques	129
§1. Une unité fondée sur la fonction du discours	130
A. La fonction prescriptive	130
1. Un discours procédant de la volonté	130
2. Le contenu évaluatif	134
B. La portée distinctive de la fonction prescriptive	136
1. Un point de rupture avec le discours scientifique	136
2. L'analogie avec le discours authentique	138
§2. Une unité fondée sur le résultat du discours	139
A. L'identification du résultat : une norme applicable	139
1. La distinction entre norme applicable et norme en vigueur	139
2. L'application de la distinction au résultat du discours dogmatique	141
B. La spécificité du résultat du discours dogmatique	142
1. La spécificité par rapport au discours scientifique	142
2. La spécificité par rapport au discours authentique	145

Section 2. La dualité des discours dogmatiques	147
§1. La distinction entre interprétation doctrinale et interprétation opérative	147
A. Une distinction fondée sur le contexte de production de l'interprétation	148
B. L'application de la distinction aux discours dogmatiques	150
1. La dogmatique doctrinale	150
2. La dogmatique opérative	152
a. Les discours opératifs juridictionnels	153
b. Les discours opératifs extra-juridictionnels	156
§2. L'intérêt de la distinction	158
A. Une meilleure appréhension des objets de la dogmatique	158
1. La variété et la variabilité des objets de la dogmatique doctrinale	160
2. La variabilité limitée des objets de la dogmatique opérative	163
B. La mise en évidence d'une polarisation des discours dogmatiques	166
1. Le rapprochement entre le discours doctrinal et le discours scientifique	166
2. Le rapprochement entre le discours opératif et le discours authentique	168
a. L'objet interprété : une restriction commune	168
b. Un lien de causalité entre les discours opératifs et authentiques	169
Conclusion du premier chapitre	171
 Chapitre 2 : Un discours opératif singulier	173
Section 1. Un discours soumis à des contraintes spécifiques	173
§1. Les contraintes relatives à l'objet du discours	174
A. Un objet circonscrit par la Cour de cassation	174
B. Une circonscription propre au discours de l'avocat aux Conseils	176
1. La différence avec l'objet des discours produits antérieurement au pourvoi	177
2. La différence avec l'objet des discours émis postérieurement au pourvoi	178
§2. Les contraintes relatives au contenu du discours	180
A. Un contenu déterminé en fonction de l'intérêt du client	180
1. Un contenu systématiquement orienté en fonction de l'intérêt du client	180
2. Une particularité absente dans les discours opératifs d'ordre juridictionnel	182
a. L'orientation du contenu des jugements et arrêts	183
b. L'orientation du contenu des rapports et avis	184
B. Un contenu encadré par la Cour de cassation	186
1. Un contenu systématiquement contrôlé par la Cour de cassation	186
2. Un point de rupture avec les autres discours opératifs	187
a. Les discours opératifs non contrôlés par la Cour de cassation	188
b. Les discours opératifs indirectement contrôlés par la Cour de cassation	190
Section 2. Un discours spécialement destiné à la Cour de cassation	192
§1. La spécificité du discours de l'avocat aux Conseils au regard de son destinataire	192
A. L'avocat aux Conseils, interlocuteur immédiat de la Cour de cassation	193
1. La Cour de cassation, destinataire direct du discours de l'avocat aux Conseils	193
2. L'arrêt de la Cour de cassation, une réponse au discours de l'avocat aux Conseils	194
B. L'avocat aux Conseils, interlocuteur privilégié de l'interprète authentique	196

§2. La spécificité du discours de l'avocat aux Conseils au regard de ses incidences sur l'interprétation authentique	199
A. L'action du discours sur l'existence de l'interprétation authentique	199
1. Un lien de dépendance entre le discours de l'avocat et l'existence d'un arrêt de la Cour de cassation.....	200
2. Les tempéraments au lien de dépendance	201
B. L'action du discours sur le contenu de l'interprétation authentique	202
Conclusion du deuxième chapitre	206
Conclusion du deuxième titre	207
Conclusion de la première partie	209
 DEUXIÈME PARTIE : LA PORTÉE CONTRAIGNANTE DU DISCOURS	212
 Titre 1. Un discours délimitant un cadre à la décision	215
 Chapitre 1 : La prédétermination d'un cadre interprétatif par l'avocat aux Conseils	216
Section 1. La réalité du cadre	216
§1. L'incidence du pourvoi sur l'étendue des compétences de la Cour de cassation	217
A. La dévolution de compétence opérée par le pourvoi.....	217
B. La dévolution de compétence maîtrisée par l'avocat aux Conseils	221
§2. L'incidence des moyens de cassation sur l'étendue de l'interprétation de la Cour de cassation	226
A. La détermination préalable des objets de l'interprétation de la Cour de cassation.....	227
B. La mise en évidence de deux interprétations législatives concurrentes.....	232
Section 2. La théorie du cadre	237
§1. L'impasse de la théorie normativiste du cadre	237
A. L'obstacle tenant à la détermination judiciaire du cadre	238
B. L'illusion tenant au caractère obligatoire du cadre	240
§2. La possibilité d'une théorie réaliste du cadre	244
A. D'un cadre objectivement déterminable par le juge à un cadre subjectivement déterminé par l'avocat aux Conseils	244
B. D'un cadre obligatoire à un cadre contraignant.....	249
Conclusion du premier chapitre	254
 Chapitre 2 : L'application par la Cour de cassation du cadre prédéterminé	256
Section 1. Un cadre généralement appliqué	257
§1. L'adoption de l'une des solutions comprises dans le cadre.....	258
A. L'adoption de l'interprétation prescrite par l'avocat : l'arrêt de cassation	258
1. La réaffirmation de l'interprétation préalablement choisie par l'auteur du moyen.....	258
2. La réutilisation de l'énoncé textuel visé dans le moyen	263
B. L'adoption de l'interprétation critiquée par l'avocat : l'arrêt de rejet.....	265
§2. Une application source de régularité décisionnelle	269
A. Une application limitant les possibilités d'interprétation	269
B. Une application favorisant le choix d'une solution cohérente	271

Section 2. Un cadre exceptionnellement inappliqué	281
§1. Le cadre redéfini	281
A. La technique de redéfinition : la substitution de moyens ou de motifs	283
B. Les fonctions de la redéfinition	289
1. La résolution du litige	290
2. La clarification et la modification du droit positif	293
§2. Le cadre dépassé	299
A. La technique de dépassement : l' <i>obiter dictum</i>	299
B. Les fonctions du dépassement	306
1. L'innovation	307
2. La consolidation du droit positif	309
Conclusion du deuxième chapitre	312
Conclusion du premier titre	315
 Titre 2. Un discours orientant le sens de la décision	 318
 Chapitre 1 : L'orientation de la décision vers une solution antérieure	 320
Section 1. Le rappel d'une solution antérieurement admise par la Cour de cassation	320
§1. Les modalités du rappel	321
A. Un rappel généralement implicite	322
B. Le rappel occasionnellement explicite	324
§2. Les objectifs du rappel	326
A. Exploiter une solution servant l'intérêt du client	326
B. Exploiter une situation contraignante pour la Cour de cassation	330
Section 2. Les conséquences du rappel	333
§1. La clarification relative au positionnement de la chambre saisie	334
A. L'identification de postures de « cohérence »	334
B. L'identification de postures de « divergence »	339
§2. Une clarification relative à la portée du précédent	343
A. Clarification relative à la portée temporelle du précédent	344
B. La clarification relative au domaine d'application du précédent	348
Conclusion du premier chapitre	351
 Chapitre 2 : L'orientation de la décision vers une solution nouvelle	 354
Section 1. La prescription d'une solution nouvelle en l'absence de jurisprudence antérieure	356
§1. Manifestations	356
A. La prétention fondée sur une loi nouvelle	356
B. La prétention fondée sur un fait inédit	359
§2. Conséquences : L'apparition d'une « première décision » relative à la question posée	362

Section 2. La prescription d'une solution nouvelle en présence de jurisprudence antérieure	367
§1. Manifestations.....	367
A. Illustrations devant les Chambres civiles	367
B. Illustrations devant les formations spéciales	370
§2. Conséquences.....	372
A. Les conséquences liées à l'accueil du moyen novateur.....	372
B. Les conséquences liées au rejet du moyen novateur	375
Conclusion du deuxième chapitre	380
Conclusion du deuxième titre	381
Conclusion de la deuxième partie	383
 CONCLUSION GÉNÉRALE	386
BIBLIOGRAPHIE	392
I. DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES.....	392
II. MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX ET TRAITÉS.....	393
III. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET MONOGRAPHIES.....	396
IV. ARTICLES ET CHRONIQUES.....	400
V. ACTES DE COLLOQUES, PROJETS, RAPPORTS ET DISCOURS OFFICIELS	416
VI. ARTICLES DE PRESSE.....	417
VII. SITES INTERNET ET BLOGS.....	418
INDEX DES POURVOIS ET DÉCISIONS CITÉES	419
I. COUR DE CASSATION	419
A. Travaux préparatoires	419
B. Arrêts.....	420
II. CONSEIL CONSTITUTIONNEL.....	430
III. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME	430
INDEX ALPHABÉTIQUE	431
TABLE DES MATIÈRES	435